Micrologic Microfiche Collection
Resolution Chart

Copyright

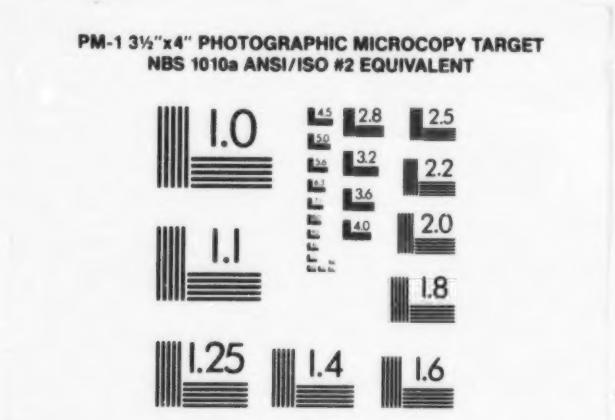
Copyright for the ***contents*** of this microfiche is held by the publisher of the original document. Please contact the original publisher for guidance in all copyright matters. Copyright in this ***microfiche edition*** is held by Micromedia Limited.

Quality of the Microfiche Reproduction

Micromedia Limited maintains the highest standards for micrographic reproduction. Attempts are made to obtain the best quality print version to microfilm. However, there are some printing styles, colours and graphic layout styles (including maps, graphs and tables) which do not reproduce well. Because of the value of the original document, Micromedia has filmed it recognizing that it may not be as easy to read as the original document.

Some pages have been filmed twice to improve the clarity of the reproduction. Consult both reproductions to ensure that all of the original text is read.

Microcopy Resolution Test Chart
National Bureau of Standards
Standard Reference Material 1010a
(ANSI and ISO Test Chart No. 2)



MS109

NATIONAL MICROGRAPHICS ASSOCIATION

24x

micromedia
a division of IHS Canada

20 Victoria Street, Toronto, ON M5C 2N8
Tel.: (416) 362-5211
Toll free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161

Collection MICROLOG sur Micromédia
Tableau de résolution

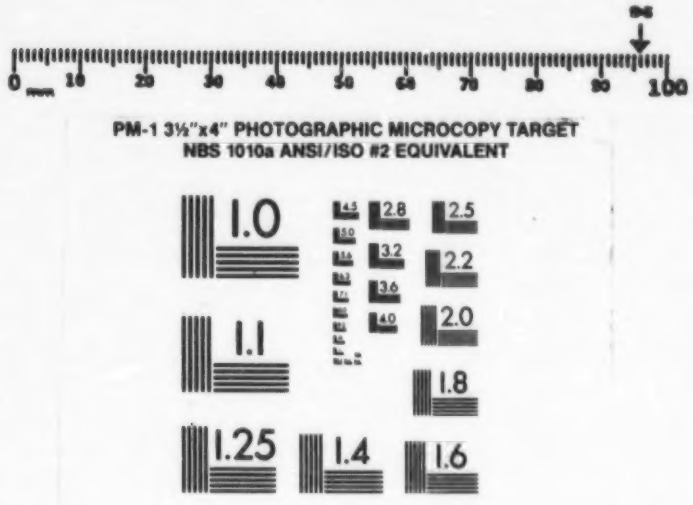
Droits d'auteurs

Les droits d'auteurs du conenu de cette microfiche sont détenus par l'éditeur du document original. Veuillez communiquer avec celui-ci pour obtenir des renseignements sur tout ce qui touche les droits d'auteurs. Les droits d'auteurs de cette édition sur microfiche sont détenus par Micromédia Limitée.

Qualité de reproduction sur microfiche

Micromédia Limitée maintient les normes de reproduction micrographique les plus élevées. Elle fait tout son possible pour obtenir la version sur papier à reproduire sur microfiche de la meilleure qualité possible. Cependant, certains styles d'imprimerie, de couleurs et de style de mise en page graphique (incluant des cartes, des grahiques et des tableaux) se reproduisent mal. En raison de la valeur du document original, Micromédia l'a reproduit tout en reconnaissant qu'il ne sera peut-être pas aussi lisable que le document original.

Tableau de résolution micrographique
National Bureau of Standards
Standard Reference Material 1010a
(ANSI and ISO Test Chart No. 2)



MS109

24x

NATIONAL MICROGRAPHICS ASSOCIATION

micromedia
a division of IHS Canada

20 Victoria Street, Toronto, ON M5C 2N8
Tel.: (416) 362-5211
Toll free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161

Protecting Human Rights in a Global Economy

Challenges for the World Trade Organization

By Robert Howse and Makau Mutua

Rights & Democracy
International Centre for Human Rights
and Democratic Development

The Authors

Robert Howse is Professor at the University of Michigan Law School and a member of the faculty of the World Trade Institute, Bern, Switzerland. He has taught world trade law at the University of Toronto and Harvard Law School, and in the Academy of European Law, European University Institute, Florence. Among other works, he is the co-author of *The Regulation of International Trade* (second edition, 1999), author of *Economic Union, Social Justice and Constitutional Reform* (1991) and editor, *The World Trading System: Critical Perspectives on the World Economy*, vols.1-4 (1998).

Makau Mutua is Professor of Law and Director of the Human Rights Center at the State University of New York at Buffalo School of Law. He holds a doctorate in law from Harvard Law School. He has taught law at Harvard Law School, SUNY Buffalo, the University of Puerto Rico School of Law and the University of Dar-es-salaam, Tanzania. He is the Chair of the Nairobi-based Kenya Human Rights Commission. He was Co-Chair of the 2000 Annual Meeting of the American Society of International Law. He sits on the boards of several international organizations and academic journals. He has written extensively on human rights and has consulted widely for the United Nations and NGOs.

Other Publications by Rights & Democracy

(See our web site for a complete list of publications)

Canadian Mining Interests and Human Rights in Africa in the Context of Globalization, by Bonnie Campbell, 1999.

Methodology for Gender-Sensitive Research, by Agnès Callamard, 1999, published with Amnesty International.

Documenting Human Rights Violations by State Agents: Sexual Violence, by Agnès Callamard, 1999, published with Amnesty International.

Women and Peacebuilding, by Dyan Mazurana and Susan McKay, 1999.

Putting Conscience into Commerce: Strategies for Making Human Rights Business as Usual, Volume 2, by Craig Forcese, 1997.

Commerce with Conscience? Human Rights and Corporate Codes of Conduct, Volume 1, by Craig Forcese, 1997.

Human Rights: APEC's Missing Agenda, 1997.

Rights & Democracy is a Canadian institution with an international mandate. It works with civil society and governments in Canada and abroad to promote human rights and democratic development through dialogue, advocacy, capacity building and public education. It focuses on four themes: democratic development, women's rights, indigenous peoples' rights, and globalization and human rights.

© International Centre for Human Rights and Democratic Development, 2000

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced in any form without prior permission from Rights & Democracy. The opinions expressed in this essay are the authors' own and do not necessarily reflect the views of Rights & Democracy.

Legal Deposit: Bibliothèque nationale du Québec, second quarter, 2000.

National Library of Canada, second quarter, 2000. ISBN: 2-922084-26-4

Translation: Claudine Vivier

Graphics: Lucie Brunel and Jacques Gauthier

Printed in Canada.

Rights & Democracy
International Centre for Human Rights and Democratic Development

1001, boul. de Maisonneuve Est, Bureau 1100
Montréal, Québec CANADA H2L 4P9
Tel. 1(514) 283-6073. Fax. 1(514) 283-3792
E-mail: ichrdd@ichrdd.ca
Web Site: www.ichrdd.ca

101-03659/

PREFACE

Over the past decade, trade agreements have come under increased scrutiny from the public. More and more people – peasants, trade unionists, human rights activists, small businesses, environmentalists, farmers, students and others – are expressing concern about how trade agreements are affecting their lives. For all the talk of the benefits of globalization and its presumed contribution to economic growth, the undeniable reality is that globally, and within most countries, the gap between the rich and the poor is widening, and hundreds of millions of people are denied the basic human rights provided for by the United Nations. The creation of the World Trade Organization (WTO), outside the auspices of the UN, has aggravated many of civil society's concerns.

There is no consensus on how trade liberalization affects human rights, nor even a well-developed methodology for determining the human rights impacts of trade agreements. Many people in the mainstream trade policy community see no linkage whatsoever with human rights and consider such concerns outside their realm. Likewise, many human rights groups lack familiarity with trade issues. They are puzzled by the language and suspicious of the entire process : from the negotiations of tariffs to the settlement of disputes. The two communities are so far apart that they do not even use the same vocabulary, let alone share a common philosophy.

Both trade and human rights have been codified in highly developed legal regimes, negotiated by governments since the end of World War II. These two legal regimes have developed however in « splendid isolation » from one another. Both trade law and human rights law narrow the range of policy options that are available to governments. And yet, it seems that the question of whether the two legal regimes are contradictory has rarely been asked.

It is in this context that Rights & Democracy decided to commission a paper by two experts in these two fields of law. We were delighted that Robert Howse and Makau Mutua accepted our invitation to work through some of the challenges posed by human rights instruments to trade law. This paper details a number of instances where the WTO, as it exists today, does have the ability to take human rights into account. While the institutional architecture of the WTO is far from what human rights activists would like it to be, we expect that this paper will lay to rest the argument that the WTO has neither the mandate nor the capacity to consider human rights in making its decisions.

This paper is a product of dialogue–dialogue between the two authors with their respective fields of expertise, and dialogue among 26 participants at a workshop Rights & Democracy hosted in Seattle. While the paper has been enriched by these different perspectives, there is certainly no agreement on the best strategy for ensuring that human rights do indeed have practical, and not just theoretical, influence over trade rules. There are notably major differences over consumer-driven action, the role of sanctions, the proposal to expand the mandate of the WTO, and how best to protect labour rights.

So what is to be done? Some would argue that there is no point in attempting to reform the WTO, that its structure is so flawed it should be scrapped completely. Others would support the institutional reforms suggested in this paper, perhaps assisting the WTO in developing procedures for international agencies, experts and NGOs to intervene in dispute settlement procedures. Civil society organizations are likely to pursue many different avenues in attempting to resolve these critical issues. We at Rights & Democracy hope that this paper will provide assistance and some legal arguments for those trying to convince governments and multilateral institutions that trade and human rights cannot be carved off into separate departments, and that their primary legal obligations lie in the references to human rights in the UN Charter.

Warren Allmand, President
Rights & Democracy

Executive Summary

Since the 1980's, we have experienced the acceleration of globalization, a process driven primarily by the rapid integration of the world's economy. Globalization has led to new challenges and opportunities for the protection and promotion of human rights. Although the current trade and human rights regimes are both post-war phenomena, they have developed on parallel, separate and sometimes inconsistent tracks.

As the postwar GATT regime evolved into the World Trade Organization in late 1994, so its rules and those of its accompanying agreements evolved into a detailed legal code, which is interpreted and defined through a dispute settlement process. This process, however, has not been transparent and has not viewed dispute resolution through the lens of human rights impacts. Provisions of WTO Agreements on domestic food safety and other technical standards, as well as on intellectual property directly affect the ability of governments to fulfill their human rights obligations to their citizens. This is especially true in the case of social and economic rights, which should be understood in connection with, not in isolation from, civil and political rights.

This paper argues that trade and human rights regimes need not be in conflict, so long as the trade regime is interpreted and applied in a manner consistent with the human rights obligations of states. This interpretation respects the hierarchy of norms in international law, where human rights, to the extent that they have the status of custom in international law, and certainly where they have the status of preemptory norms, will normally prevail over specific, conflicting provisions of any treaties including trade agreements. The preamble of the WTO Agreement, which establishes the framework for the entire WTO system, does not make free trade an end in itself. Rather, it establishes the objectives of the system as related to the fulfillment of basic human values, including the improvement of living standards for all people and sustainable development. As is widely recognized now, both in development literature as well as in numerous documents of international policy, these objectives cannot be reached without respect for human rights.

The UN Charter states that one of its "purposes" is to "achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms for all..."

Although the GATT text –now part of the broader WTO system of treaties– reflects the recognition of non-trade public values, which are meant to prevail in the event of conflict with its free trade rules, institutional isolation has contributed to a very limited interpretation of this principle. Specifically, GATT Article XX, which was designed to be a fundamental pillar of the international trade regime, has often been construed so restrictively as to almost read it out of text, or to marginalize it. Compounding the problems created by institutional isolation is the atmosphere of secrecy and the lack of transparency in the dispute settlement and appellate process within the WTO. The GATT has often been interpreted as creating a general right to free trade; however, as emphasized in a few recent decisions of the WTO Appellate Body, the GATT and the other WTO treaties contain fine balances of rights and obligations. And the provisions that limit or balance trade liberalization, protecting other human interests, are as fundamental a part of the international law of trade, as those that support the globalization of markets. They must not be read out or down.

Enlightened interpretation of the GATT and other WTO agreements, however, will not in and of itself address the needs of under-development, inequality and the corresponding violations of fundamental human rights around the world. Trade rules must be looked at in their relationship to other phenomena connected to globalization, such as free capital movements and the practices of the international financial institutions. We must understand the effects of trade laws and policies in the broadest sense, and evolve new laws and policies in a manner that overcomes the isolation between human rights institutions and economic institutions, including those preoccupied with the trading system.

Highlights

- *The relationship of trade law and human rights law*: In the event of a conflict between a universally recognized human right and a commitment ensuing from international treaty law such as a trade agreement, the latter must be interpreted to be consistent with the former. When properly interpreted and applied, the trade regime recognizes that human rights are fundamental and prior to free trade itself.

- *Labour*: It is often claimed that the GATT prohibits members from regulating access of imports based on the manner in which those products have been produced, even if such regulations are applied equally to domestic products. However, this view is inconsistent with a close analysis of the jurisprudence, despite its presence in two notorious panel rulings, which were not adopted as legally binding by the GATT membership. The correct reading of the GATT text would permit a country to impose conditions on imports related to the labour practices involved in their production.

- *Government Procurement*: The current negotiation of government procurement rules with respect to services provides the opportunity to develop the position that human rights-based procurement conditions are consistent with WTO law. As well, the existing Government Procurement Agreement, which concerns trade in goods, should be interpreted so as to permit ethical purchasing policies by governments. Not permitting members of the WTO to impose the kind of requirements on foreign suppliers that they routinely impose on domestic suppliers (such as anti-discrimination requirements) would amount to an obligation to favour foreign suppliers, which the GPA could not possibly be read as to entrench. Further, the public order exception in the GPA must be interpreted in light of the international law of human rights.

- *Trade Policy Review*: WTO member states are currently subject to a review process which examines their policies and practices in relation to their promotion of free trade. This is inconsistent with the actual full objective of the review process, which is to review policies in their relation to the "functioning of the multilateral trading system". The objective of the trading system is not free trade as such, but rather "ensuring full employment", "optimal use of the world's resources" and "sustainable development". National trade policy and practice should be examined in relation to the achievement of these goals.

- *Dispute Settlement*: Consideration of the human rights impact of dispute settlement rulings would be facilitated by the acceptance of amicus briefs by panel and appellate body members. In the Shrimp/Turtle case, a precedent has been established for the submission of amicus briefs to both the panels and the Appellate Body. Secrecy of pleadings and oral argument in WTO dispute settlement, however, may limit the effectiveness of amicus participation, and these provisions of the Dispute Settlement Understanding should be revisited as soon as possible.

- *Global Governance*: Interpretation of WTO law has not incorporated the expertise of other institutions governing the various regimes of international law. Nor has there been serious dialogue or interaction between the WTO as an institution and other relevant international institutions. However, the agreement establishing the WTO requires that this be the case. The implementation of this obligation should be the subject of a formal review.

Protecting Human Rights in a Global Economy: Challenges for the World Trade Organization

Since the late 1980s, the ascendency of market economics coupled with a revolution in information technology has accelerated the process of globalization while institutions of international governance have been unable or unwilling to catch up. Privatization and the related phenomena of deregulation, structural adjustment and a myriad of new bilateral, regional and multilateral trade and investment agreements have proceeded without credible efforts to conceptually and practically address their impacts on legally protected human rights. This paper addresses the tensions and potential synergies between the two legal regimes governing trade and investment and human rights. Trade and investment agreements, as well as the practices of international business, must be held accountable to existing human rights law. The spirit of human rights law must frame the development of trade law if either is to achieve its goals.

The ability of capital to move across borders with increasing ease in the era of globalization has implications for human rights. While human rights violations existed long before this period of rapid economic integration, the growing number of sectors covered by multilateral trade and investment agreements has set the stage for a new variety of human rights abuses which have not yet been suitably addressed. Consider the example of Nigeria where in the last decade foreign oil companies and military governments have laid waste to vast tracts of land in the oil-producing areas and responded with chilling brutality when the Ogoni people sought to protect their fundamental rights. In several Asian countries and other emerging markets, businesses and governments have supported practices which violate the rights of workers with impunity through sweatshops and child, slave, unfree, and bonded labour. At the same time, globalization has served to focus heightened attention on such practices in general, including abuses that existed before globalization but were often ignored.

Global "free" trade and universal human rights regimes are both post-war phenomena. However, they have developed on parallel, separate, and sometimes inconsistent tracks.[1] The contemporary international economic order, which is based on the push for a single global market, has its basis in the Bretton Woods System.[2] The origins of the global trading system were laid with the International Trade Organization (ITO), which was to be an integral part of the blueprint for global peace and security after WWII.[3] A fair international trading regime was thought to be essential to global peace. Beggar-thy-neighbour economic competition among the western countries—with escalating retaliatory tariffs and quotas—was seen as a cause of instability in Europe. Such policies were blamed for the rise of fascism, and ultimately, the outbreak of WWII. Significantly, the Bretton Woods architects were worried about more than beggar-thy-neighbour competition from overt trade barriers. The ITO was designed to address restrictive business practices and fair labour practices.

Several factors, however, changed this vision and resulted in a different multilateral trading order. First, the ITO proposal failed. In its place, a minimal set of rules, concerned mostly with border measures and explicit domestic discriminatory policies against imports, was adopted. The General Agreement on Tarriffs and Trade (GATT) had virtually no institutional framework, and nothing, for example, about concerns such as fair labour practices. Secondly, with the bifurcation of the world by the Cold War, the GATT essentially became an entity for the liberalization of trade among western countries. Without a doubt, it achieved considerable success in the reduction or elimination of a range of trade barriers among these countries. Freer trade became an engine of growth for the project for economic, social and political reconstruction in Europe and Japan. The alliance of governments and private initiative were instrumental in the recovery efforts.

Once developing countries began to join the GATT in significant numbers, they soon felt their needs were not addressed adequately by the post-war regime. Many were caught up in the East-West conflict. However, some minimal amendments to the original GATT agreements allowed developing coun-

---

1 *See* General Agreement on Tariffs and Trade, 55 UNTS 194 (the original GATT Agreement) [hereinafter GATT]. This was amended by the General Agreement on Tariffs and Trade 1994. *See also* Universal Declaration of Human Rights, GA Resolution 217 A(III), UN Doc. A/810, at 71 (1948) [hereinafter UDHR]. The UDHR is the founding document of the modern international human rights movement.

2 The Bretton Woods System includes the International Bank for Reconstruction and Development, or the World Bank, the International Monetary Fund (IMF), and the GATT. *See* LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS: CASES, MATERIALS, AND TEXT 1 (John H. Jackson, William J. Davey, & Alan O. Sykes, Jr., eds., West Publishing Co., St. Paul, Minneapolis, 1996).

3 The efforts to establish the ITO were dropped when it was opposed by isolationists in the Senate of the United States of America. *Id.*, at 293-95.

tries certain exemptions or reduced obligations to liberalize trade. Ironically, developing countries were able to erect very high barriers to many of the most important exports of other developing countries, even as tariffs on products traded among the developed countries fell. The GATT, which was concerned exclusively with the negotiation and monitoring of rules for freer trade, operated in splendid isolation from the other international institutions of the post-war order. Many in GATT expressed pride and satisfaction that the multilateral trading order had made progress towards rules-based free trade while other international institutions remained paralyzed or anemic because of geopolitics.

By the 1970s, the GATT had become successful as a forum for tariff reductions. As a result, increased attention came to be paid to a wide range of domestic policies. While not obviously discriminatory, some of those policies could amount to cheating on or undermining of negotiated concessions. Thus, issues such as subsidies, dumping, and "technical barriers" to trade became increasing preoccupations of the GATT system. With the creation in 1994 of the World Trade Organization (WTO), many of the areas of normative controversy such as technical barriers, services, intellectual property and subsidies were addressed by explicit new rules.[4]

Unlike the skeletal legal framework of the original GATT text, the new WTO agreements set rules which are not merely general "standards" that an expert bureaucracy can use in crafting dispute-specific solutions. They often have the character of detailed legal code, embodying trade-offs between regulatory autonomy and trade liberalization explicitly negotiated ex ante. Moreover, the failure to abide by these new rules—and indeed the old rules as well—as interpreted in dispute settlement triggers a right to retaliation against the offending party, with the level of retaliation subject to determination by arbitration. Under the old GATT, rulings of dispute panels required adoption by the membership of the organization, whereas under the WTO system, the rulings are subject to appeal to a standing Appellate Body, but are effective, as upheld or modified on appeal, unless a consensus of the membership is *opposed* to adoption.

The WTO, the United Nations and the international financial and economic institutions, have created an institutional base for development of a "global consensus" for lawful and universally agreed-upon behaviour in the political, economic, trade, social and human rights arenas. Celebrating an existing "global consensus", however, is premature as the relationship between these bodies remains undefined. For example, what is to be done when there is a clear conflict between, say, a particular human right and a principle or provision in international trade law? Should human rights "trump" trade law or vice-versa? Will international law develop a body of rules that advances "free" trade while at the same time promoting and protecting human rights? The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights has written that trade liberalization, "must be understood as a means, not an end. The end which trade liberalization should serve is the objective of human well-being to which the international human rights instruments give legal expression".[5]

The challenge before the world today is how to influence the process of globalization in such a way that human suffering, poverty, exploitation, exclusion, and discrimination are eliminated. Since trade is the driving engine of globalization, it is imperative that, at the very least, rules governing it do not violate human rights but rather promote and protect them. The effort to fashion such rules would benefit from a process which is inclusive, transparent, democratic and participatory across all barriers. In such a process, international financial and trade institutions, and the WTO in particular, would engage civil society as well as governments, inter-governmental organizations and businesses in this reformulation. In recent years, the World Bank itself has placed some emphasis on the role of civil society and popular participation as a part of its governance program.[6]

This paper discusses the difficult nexus between trade and human rights and identifies areas of tension and possible reconciliation. It argues that trade and human rights regimes need not be in conflict, so long as the trade regime is applied and evolved in a manner that respects the hierarchy of norms in international law. Human rights, to the extent they

---

4 See Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, April 15, 1994.

5 UN Doc. E/C.12/1999/9-26 November 1999.

6 See, for example, Caroline M. Robb, CAN THE POOR INFLUENCE POLICY? World Bank: 1998; Stephan Haggard & Steven B. Webb, eds., THE WORLD BANK PARTICIPATION SOURCEBOOK, World Bank: 1996.

are obligations erga omnes, or have the status of custom, or of general principles, will normally prevail over specific, conflicting provisions of treaties such as trade agreements. The WTO laws and processes must be interpreted in a way that advances human rights, transparency, accountability and representivity. It concludes that human rights and trade are *fundamentally linked* and must be seen as complementary, not oppositional.

Human Rights in International Law

In the last fifty years, the body of international human rights law has achieved a moral plateau rarely associated with any other area of international law. In fact, the power and righteousness of human rights is so great that virtually every modern cause has sought to cloak itself in the language of human rights.[7] Louis Henkin, a leading academic, has described ours as the "age of rights"[8] and human rights as the "only political-moral idea that has received universal acceptance."[9] Philip Alston, another prominent scholar, has argued that the "characterization of a specific goal as a human right elevates it above the rank and file of competing societal goals, gives it a degree of immunity from challenge, and generally endows it with an aura of timelessness, absoluteness and universal validity."[10] Founded on the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which Henry Steiner has described as the "spiritual parent"[11] of other human rights treaties, human rights law is now an indispensable part of the international landscape.

There is today an impressive catalogue of universal and regional human rights treaties and institutions. Whether their mandate is simply to monitor, encourage compliance with, or enforce human rights, this maze of norms and institutions has sharply contracted the traditional international legal concept of state sovereignty, which once granted states impunity with respect to internal misconduct. Human rights do not, of course, negate the sovereignty of states, although they constrain it in important ways. International law does not replace national law; rather, international law instructs sovereign states on internationally accepted human rights and, for the most part, leaves it to states to implement those norms domestically.

Human rights law has modified international law in fundamental ways. Since WWII, it has become an uncontested principle of international law that a state's treatment of its own citizens is not solely a matter of domestic jurisdiction.[12] It is true, of course, that human rights is not the only doctrine of international law that constrains the power of the state. In recent decades, the forces of globalization and the unparalleled predominance of global capitalism in the political and economic choices of states have further undermined the authority of the sovereign state. But ideas and values implicit in human rights have added an entirely new dimension to our understanding of the concept of state sovereignty.

Whereas previously, the state, or the monarch representing it, was the absolute sovereign, human rights norms now vest sovereignty in the people. This concept of sovereignty, which is expressed in the Universal Declaration,[13] the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR),[14] is termed popular sovereignty. The concept grew out of the liberal tradition,[15] humanitarian law,[16] international labour standards[17] and regimes for the protection of minorities.[18] Such sov-

---

7 Makau wa Mutua, *The Ideology of Human Rights*, 36 VA. J. INT'L L. 589, 589-90 (1996).

8 Louis Henkin, THE AGE OF RIGHTS ix (1990).

9 *Id.*

10 Philip Alston, *Making Space for New Human Rights: the Case of the Right to Development*, 1 HARV. HUM. RTS. Y. B. 3, 3 (1988).

11 Henry J. Steiner, *Political Participation as a Human Right*, 1 HARV. HUM. RTS. Y. B. 77, 79 (1988).

12 Kurt Mills, *Reconstructing Sovereignty: a Human Rights Perspective*, 15 NETH. HUM. RTS. Q. 276 (1997). *See also* Henry J. Steiner & Philip Alston, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 117-165 (1996).

13 The UDHR provides, in part, that the "will of the people shall be the basis of the authority of government." Article 21(3), UDHR, *supra* note 1.

14 Both the ICCPR and the ICESCR buttress the concept of popular sovereignty by their self-determination clause, common Article 1, which can be read as giving citizens their right to "internal" self-determination, that is the right to a democratic state based on the freely expressed will of citizens. Article 1, ICCPR, GA Res. 2200 (XXI), UN GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 52, UN Doc. A/6316 (1966), 998 UNTS 171 (entered into force March 23, 1976). Article 1, ICESCR, GA Res. 2200A (XXI), UN GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 49, UN Doc. A/6316 (1966), 993 UNTS (entered into force January 3, 1976).

15 *See generally* John Locke, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (Peter Laslett ed., 1988).

16 E.C. Stowell, INTERVENTION IN INTERNATIONAL LAW (1921).

17 C.W. Jenks, INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS (1960).

18 Hurst Hannum, AUTONOMY, SOVEREIGNTY AND SELF-DETERMINATION (1990).

ereignty derives from the people, not the state. Although powerful states have sometimes used this principle to justify the use of force against less powerful states often resulting in new forms of human rights abuse, the fact that human rights law has controlled and curtailed the reach of sovereignty, the most fundamental construct in international law, is a testament to its centrality in international relations.

Human Rights as Customary International Law

Constitutionally, human rights are based on the United Nations Charter. UN treaty instruments and bodies that address human rights issues are created pursuant to the UN Charter. The Charter specifically charges the UN to promote the entire gamut of human rights. It asks the UN to promote "higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development"[19] and "universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion."[20] To underline the seriousness with which it took human rights, the UN asked the Economic and Social Council to "set up commissions,"[21] including those "for the promotion of human rights."[22] The Charter further requires member states to "take joint and separate action"[23] in cooperation with the UN to promote human rights.

The UN Charter does not resolve the question of hierarchy of law, or, put differently, whether human rights law has primacy over other domains of international law. However, the Preamble reaffirms "faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small."[24] The promotion and protection of human rights is thus one of the "ends" or purposes for the establishment of the United Nations. The Charter states that one of the "purposes" of the UN is to "achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion."[25] Although the term "human rights" appears in scattered places in the UN Charter, and is terse and even cryptic, there can be no argument that it is mentioned in vital contexts, a fact that underlines the centrality of human rights to the UN system.[26]

In international law, the status of a rule is determined by its source as law. There are four recognized sources of international law: international conventions or agreements; custom; general principles of law common to the major legal systems of the world; and the judicial decisions and teachings of distinguished writers.[27] Of these, the most relevant for our discussion are the first two, namely, treaty law and customary international law. The status of human rights in international law, therefore, is determined by its location within the sources of international law. All human rights norms do not have the same status in international law. While some may be located in customary international law, most are codified in human rights treaties.

Unlike treaty law, which is based on the consent of states, customary international law binds all states. Customary international law "results from a general and consistent practice of states followed by them out of a sense of legal obligation."[28] Thus customary international law binds all states without exception and irrespective of their consent. In contrast, international treaty law only binds those states which have given their express consent to the treaty or agreement in question. For human rights, this distinction is critical because the location of a human rights norm in either source changes its status in international law and could constitute the difference between an automatically binding obligation

19 Article 55(a), UN Charter.

20 *Id.*, Article 55(c).

21 *Id.*, Article 68.

22 *Id.*

23 *Id.*, Article 56.

24 *Id.*, Preamble.

25 *Id.*, Article 1(3).

26 The term "human rights" appears in the UN Charter in the following key important provisions: ¶ 2 of the Preamble, Article 1(3), Article 13(1)(b), Arts. 55 and 56, Article 62(2), and Article 68. UN Charter, *Id.*

27 See Article 38, Statute of the International Court of Justice listing sources of international law. *See also* RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES, ¶ 102 (1986).

28 *Id.*

and a voluntary commitment. Customary international law, unlike treaty law, must be obeyed by states, their wishes notwithstanding.

The scope and content of the customary international law of human rights, as indeed of all customary law, is a work in progress. While there are certain human rights whose status as custom is generally agreed upon, that list is not necessarily complete or closed. But it is clear from existent international law that a "state violates international law if, as a matter of state policy, it practices, encourages or condones"[29] the following conduct: genocide; slavery or slave trade; the murder or causing the disappearance of individuals; torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; prolonged arbitrary detention; systematic racial discrimination such as apartheid; and consistent patterns of gross violations of internationally recognized human rights.[30] The last category, that of "consistent violations of internationally recognized human rights," has a very broad scope and includes the human rights protected in all the major universal human rights treaties.[31] Such violations infringe customary international law if there is a "consistent pattern of gross violations" as a matter of state policy.[32]

Two vitally important concepts in understanding the status of human rights in international law are those of *jus cogens* and obligations *erga omnes*. Rules of jus cogens, or preemptory norms of general international law, describe international obligations from which derogation is not permitted under any circumstances, even in cases of emergency. These have been defined by the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties as norms "accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."[33] Rules of *jus cogens* trump all other rules of international law, and are therefore in the first rank in the hierarchy of the law of nations.

The Vienna Convention anticipates the emergence of new rules of *jus cogens* in the future, a point that underscores the fact that *jus cogens* is an evolving concept, and that the substance and nature of its rules change with the progress and development of international law and morality.[34] Although there is no list, as such, of rules that constitute *jus cogens*, prohibitions against the slave trade or slavery, genocide, piracy and violations of human rights are regarded as preemptory norms of international law or *jus cogens*. Additionally, these practices give rise to obligations erga omnes, that is, they give all states an interest in their prohibition. This point was emphasized by the International Court of Justice in the *Barcelona Traction, Light and Power Company*, Ltd. In that case, the court's opinion read, in part:

[A]n essential distinction should be made between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another state in the field of diplomatic protection. By their very nature the former concern all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights have entered into the body of general international law...; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.[35]

Views from distinguished international law institutions and scholars give much of international human rights a customary legal character, and some of it the status of *jus cogens*.[36] The position that human rights are obligations erga omnes is increasingly gaining ground. In particular, the International Law Institute has taken one of the most vigorous positions on this issue. It wrote the following in 1989:

---

29 Restatement, *supra* note 27, ¶ 702.

30 *Id.*

31 *Id.*

32 *Id.*

33 Article 53, Vienna Convention on the Law of Treaties, opened for signature May 23, 1969, UN Doc. A/CONF.39/27, reprinted in 63 AM. J. INT'L L. 875 (1969).

34 *Id.*, Article 64.

35 THE CASE CONCERNING THE BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER COMPANY, LIMITED (New Application 1962) (Belgium v. Spain), [1970] I.C.J. Rep. 4, at ¶ 33-4.

36 *See*, for example, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 4 (Robert Jennings & Arthur Watts, eds., 1992).

This international obligation [to respect human rights]...is erga omnes; it is incumbent on every State in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. This obligation further implies a duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world.[37]

International law is increasingly treating fundamental basic human rights as a part of customary international law. First, the UDHR itself, that "common standard of achievement for all peoples and all nations,"[38] is now deemed to possess a normative, obligatory character that gives at least portions of it the status of customary international law.[39] Although not a treaty, and therefore not binding, the UDHR is so widely accepted and revered by governments that they invoke it, refer to it, and use it as a guide for fashioning constitutional and other laws as well as for formulating both domestic and foreign policy. Its acceptance by states has been so total and universal that it may now be said to meet the standard of *opinio juris sive necessitatis*, a practice that states follow out of a sense of legal obligation. Mary Ann Glendon has written that the UDHR "is already showing signs of having achieved the status of holy writ."[40]

A large portion of the body of human rights law has acquired this obligatory character in international law. The universal acceptance in principle of human rights by states of all political stripes and their invocation at the domestic and international levels, coupled with the active involvement of virtually all states, individually and collectively, to promote and protect human rights through the United Nations and regional human rights systems in Africa, the Americas and Europe, has led to a certain belief that states have assumed human rights obligations beyond the mere acceptance of treaty law.

GATT Article XX and WTO Dispute Settlement

Specific conflicts and tensions between trade law and human rights law regimes cannot be understood without looking at the relationship between the WTO and other international legal regimes. Institutionally, the GATT developed in isolation, a fact which produced a single-minded free trade perspective. But the actual text of the GATT reflects the recognition of supervening non-trade public values which were meant to prevail in the event of conflict with the free trade rules in the GATT. GATT Article XX provides that nothing in the GATT "shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures" *inter alia*, "necessary to protect public morals," "necessary to protect human, animal or plant life or health," "relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production and consumption," "essential to the acquisition of or distribution of products in general or local short supply" and "relating to the products of prison labour."[41]

It is important to note that international human rights was in its infancy when the provisions of GATT Article XX were negotiated. But the GATT drafters certainly included a very broad range of human interests recognized widely at the time as being fundamental or related to very basic human values. Unfortunately, the institutional isolation of the GATT has had a negative impact on the interpretation of Article XX in dispute settlement in the *Thai Cigarette*[42] and *Tuna Dolphin*[43] cases, certainly the most important opinions prior to the creation of the WTO. The panels in those cases construed Article XX so restrictively as to almost read it out of the GATT, or to marginalize it. Alarmingly, the notion developed that measures might only be justified under Article XX if no less trade restrictive alternative could be imagined to achieve the policy objectives in question. Since neo-classical economists can almost al-

37 *The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States*, 63 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL ANNUAIRE 338 (1989).

38 Preamble, UDHR, *supra* note 1.

39 *See* Thomas Buergenthal, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS 29-38 (1995).

40 Mary Ann Glendon, *Knowing the Universal Declaration of Human Rights*, 73 NOTRE DAME L. REV. 1153 (1998).

41 *See* Article XX, GATT, *supra* note 1.

42 *Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, Report of the Panel, (1990) 37 BISD 200. See http://www.wto.org

43 *United States-Restrictions on Imports of Tuna* (1991) 30 I.L.M. 1594; *United States-Restrictions on Imports of Tuna*, (1994) 33 I.L.M. 936. See also http://www.earthjustice.org

ways find some policy instrument other than trade restriction that could *hypothetically*, and without regard to real world costs, achieve a given policy objective, this interpretation amounted to making Article XX largely superfluous. In the original design, however, Article XX was designed to be a fundamental building block of the international trade regime.

The creation of the WTO gives the world a new opportunity to put Article XX in its rightful place in the GATT. Doing so must involve the re-interpretation of Article XX in light of the norms of international human rights law. Contrary to the GATT tradition of isolation and self-containment, it is now a well-established fact in the WTO that its rules and institutions function in the context of the evolving broader framework of international law. Thus the construction of WTO jurisprudence by its dispute settlement organs must not contradict rules of interpretation set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties.[44] This must include "any rules of international law" relevant to the dispute.[45]

The clearest illustration of this approach to WTO legal interpretation is found in the *Turtles*[46] case. In that case, the Appellate Body of the WTO examined the meaning of the expression "exhaustible natural resources" in an environmental trade dispute. The Appellate Body adopted an interpretation that included endangered species within the meaning of the expression, which is found in a provision of the GATT that allows members to take trade action otherwise not consistent with GATT obligations where the measures are taken in relation to the conservation of such resources. The Appellate Body referred to international environmental law as it had evolved since the negotiation of the original GATT text. It concluded that international environmental law had to be used as an appropriate benchmark for the meaning of exhaustible natural resources.

The Preamble of the WTO Agreement states a number of objectives of the WTO system that may relate to certain human rights obligations, especially labour rights and elements of social and economic rights. Article XX (a) of the original GATT allows members to take otherwise GATT-inconsistent measures necessary for the protection of "public morals". It can be argued that where trade restrictions may be a necessary mechanism for dealing with gross human rights abuses, there is a possibility of invoking the public morals exception. However, this provision has never been interpreted in dispute settlement. It is an open question how strictly such measures would have to be justified, given the use of the term "necessary" in the provision. Moreover, concerns persist that such restrictions could be subject to abuse for protectionist purposes.

In the past, the GATT traditionally gave the term "necessary" in other provisions of Article XX a very restrictive reading. However, because of the new approach under the WTO Appellate Body, the meaning of the necessity test would have to be considered in light of relevant rules of international law, including international agreements on human rights. It would also take into account whether that situation was considered as pressing under international human rights law or recognized as such by international human rights institutions. Article XX(b) of the GATT also allows for trade measures that would otherwise be GATT-inconsistent where necessary for the protection of, among other things, human life or health.

The Preamble of the WTO Agreement and Human Rights in WTO Law

The Appellate Body of the WTO has emphasized on several occasions that Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which states the basic rules of treaty interpretation, is a fundamental reference point for WTO dispute settlement. It provides that a treaty "shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." An important "context" for treaty interpretation here is the text of the treaty itself, "including its preamble and annexes."[47] The preamble is therefore an important source of "context" in the interpretation of any provision of a

44 Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* note 34. Article 3 of the WTO Dispute Settlement Understanding states that the Dispute Settlement System of the WTO serves "to clarify the existing provisions of the [WTO] Agreements in accordance with the customary rules of interpretation of public international law." In two early cases, the Appellate Body of the WTO held that Article 31 of the Vienna Convention, discussed below, constituted "customary rules of interpretation of public international law" within the meaning of Article 3 of the DSU. *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body, WT/DS8, 10-11/AB./R (October 4, 1996), AB-1996-2; *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, WT/DS2/AB/R (May 20, 1996).

45 Article 31(3)(c), Vienna Convention on the Law of Treaties, *Id.*

46 *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R (October 12, 1998).

47 Article 31, Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* note 45.

treaty text. It is as important as any other provision of the treaty for the purposes of resolving a dispute. The preamble to the Agreement of the WTO, however, has a special status. The Marrakesh Agreement is the framework agreement for the entire WTO system, and the preamble is the most comprehensive statement of the objectives or goals of that system. Thus it is probative not only with respect to context, but also purpose and object within the meaning of Article 31 of the Vienna Convention.

This explains the heavy reliance by the Appellate Body on the preamble of the Marrakesh Agreement in the Turtles case. In that case, the United States sought to justify trade measures on environmental grounds, in particular the need to protect sea turtles, which it characterized as an endangered species. The Appellate Body held that Article XX of the GATT had to be read in light of the preamble to the Marrakesh Agreement, and especially the commitment to sustainable development as an objective of the multilateral trading system. The phrase "exhaustible natural resources" in Article XX (g) of the GATT, the body said, must be interpreted in light of evolving norms and rules of international environmental law.

Significantly, however, the preamble does not explicitly mention human rights, although it talks about raising "standards of living" and the need for "sustainable development." These values must be read as supervening free trade for its own sake. Nobel laureate economist and philosopher Amartya Sen has recently argued the following:

Development requires the removal of major sources of unfreedom: poverty as well as tyranny, poor economic opportunities as well as systematic social deprivation, neglect of public facilities as well as intolerance or overactivity of repressive states. Despite unprecedented increases in overall opulence, the contemporary world denies elementary freedoms to vast numbers—perhaps the majority—of people. . . Freedoms are not only the primary ends of development, they are also among its principal means. In addition to acknowledging, foundationally, the evaluative importance of freedom, we also have to understand the remarkable empirical connection that links freedoms of different kinds with one another. Political freedoms (in the form of free speech and elections) help to promote economic security. Social opportunities (in the form of education and health facilities) facilitate economic participation. Economic facilities (in the form of opportunities for participation in trade and production) can help generate personal abundance as well as public resources for social facilities. Freedoms of different kinds can strengthen one another.[48]

Human Rights and the GATT

WTO members undertake a standard set of obligations whose purpose is non-discriminatory treatment of products in each other's markets. To the extent that deviations are permitted from this general script, there are clear provisions governing permissible measures. In addition to the Most-Favoured-Nation Treatment[49] and the National Treatment[50] clauses, states are prohibited from imposing restrictions, other than those permitted under GATT,[51] on imports or exports. The text of the GATT does not, however, explicitly list human rights as grounds for the exclusion of products. It does, however, contain provisions that permit states to protect and promote human rights through trade by taking certain measures against states that violate human rights. The pivotal provision in this respect is Article XX which provides a wide array of exceptions under which a WTO member can promote and protect human rights without being in violation of GATT.[52] The exceptions that would not constitute arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade include measures to protect public morals, measures necessary to protect human, animal or plant life or health and measures relating to the products of prison labour.[53]

Article 103 of the UN Charter is also pivotal to the interpretation of the international obligations of member states. It provides that in "the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter

48 *See* Amartya Sen, DEVELOPMENT AS FREEDOM 3-4, 10-11 (New York: Knopf, 1999).

49 Article 1, GATT, *supra* note 1.

50 *Id.*, Article III.

51 Such permissible prohibitions or restrictions include duties, taxes, quotas, import and export licenses or other measures. *Id.*, Article XI (1).

52 *Id.*, Article XX.

53 *Id.*

shall prevail." It is clear here that a treaty—even one of universal application—would be overridden by the UN Charter in the event of a conflict. The subject matter of the treaty is irrelevant. Thus, for instance, in *Aerial Incident Over Lockerbie*,[54] the International Court of Justice (ICJ) ruled that member states are required under Article 25 of the UN Charter to carry out UN Security Council resolutions over other international treaty obligations. In that case, the ICJ held that the Security Council could require Libya to turn over bombing suspects, even though the Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation permitted Libya to choose domestic prosecution over extradition.

The significance of Article 103 lies in the construction of the phrase "the obligations of Members of the United Nations under the present Charter." As noted earlier, the references to human rights in the UN Charter are sparse and erratic, though important. Broadly read, those references place obligations on member states to promote and protect human rights. But they do not spell out those rights, preferring to leave their elaboration to the UDHR and to specific human rights treaties. Thus it would appear that in the event of a conflict between a human rights obligation, particularly one that is universally recognized, and a commitment ensuing from international treaty law, the former prevails or the latter must be interpreted to be consistent with the former. The GATT and other WTO agreements are treaties which would be subject to such obligations and interpretations. Human rights norms should always be taken into account when interpreting international trade and investment obligations.

Exclusion and Transparency within the WTO

The negotiation of trade and investment agreement takes place within a culture of secrecy and exclusion. Non-governmental organizations and official inter-governmental organizations concerned with human rights have traditionally been excluded from these processes. Two recent examples underline the absence of "outsider" participation. First, the Uruguay Round of negotiations, which yielded the 1994 GATT and the other WTO agreements, was closed to all but the few industrialized, mostly Northern, states that control the global economy. The process was closed to most of the Third World, where three quarters of the global population lives. Second, the negotiations on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) were carried out by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in an atmosphere of high-level secrecy.

Opacity and exclusion define many of the processes of the various WTO bodies. What is particularly disturbing is that UN expert human rights bodies, such as the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, which has been concerned with the intersection of trade and human rights, have not been included in the GATT/WTO processes. There is textual basis for involving NGOs and intergovernmental organizations in WTO deliberations. Article XXIII(2) of GATT allows the WTO to permit intergovernmental organizations into its processes.[55] Likewise, Article V(2) of the Agreement Establishing the World Trade Organization makes allowance for the consultation of NGOs.[56] It is the deep-seated culture of secrecy, not the lack of textual authority, that has kept "outsider" groups from participation in WTO structures. Many of these organizations would provide much needed information and insight into the complex problems globalization raises.[57]

The manner in which WTO provisions are interpreted is of fundamental importance to human rights. Most domestic legal systems, and an increasing number of supranational adjudicative bodies, allow public scrutiny of judicial proceedings. Regrettably, written and oral pleadings in the WTO remain secret unless states party to the dispute consent to openness. This secrecy keeps NGOs, including those dealing with human rights issues, from participating in the dispute settlement process. Such secrecy is notably inconsistent with the norms of transparency required by the WTO itself in domestic legal trade-related proceedings.

---

54 (1992), ICJ Rep. 3, 15, at ¶ 39.

55 It provides, in part, that the "[c]ontracting parties may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate intergovernmental organization in cases where they consider such consultation necessary." Article XXIII(2), GATT, *supra* note 1

56 Article V(2), Agreement Establishing the World Trade Organization provides that the General Council "shall make appropriate arrangements for consultation and cooperation with non-governmental organizations concerned with matters related to those of the WTO."

57 For specific information on public participation in the international trading system, see ACCREDITATION SCHEMES AND OTHER ARRANGEMENTS FOR PUBLIC PARTICIPATION IN INTERNATIONAL FORA, International Centre for Trade and Sustainable Development, 1999.

It is an encouraging sign, however, that the Appellate Body in the *Turtles* case recently interpreted WTO law as permitting the submission of amicus or intervener briefs in WTO cases. Although there is no explicit provision to that effect, such briefs are now permitted at both the panel and appellate levels of dispute settlement. The WTO legal affairs and Appellate Body secretariats must therefore develop working procedures for the submission of briefs in a timely and effective manner. Pressure will be necessary because neither of these bodies appear eager to make outside interventions a routine practice.

Several issues must be addressed in order to open up the WTO process. A filing system that informs interveners that their briefs will be seen in a timely fashion by panels and the Appellate Body must be instituted. The imbalance of resources must not be allowed to affect the quality and effectiveness of intervener advocacy on behalf of developing countries at the WTO. Consistent with the expansion of legal assistance to governments of developing countries, NGOs from those states must have access to legal assistance for the preparation of their own amicus briefs. Organizations with human rights mandates, such as the ILO, the UN Commission on Human Rights and the World Health Organization must become aware of and gain the competency necessary to take advantage of amicus intervention in WTO proceedings with human rights implications.

Amicus submissions, like all pleadings, must be accessible and part of the public record. The entire record, including the briefs, should be posted on the WTO website. Finally, the panels and the Appellate Body should be required to evaluate amicus briefs for consideration. The usual practice in domestic and international tribunals is to consider such briefs on the basis of leave, or discretion, of the tribunal. But a WTO panel has a legal duty to make an objective assessment of the facts. This should be understood to mean that the evaluation of briefs for consideration must be based on objective criteria. Such evaluation must consider the relevance of the brief to the dispute and must not be biased or one-sided.

Labour Rights

There has been strong resistance to placing responsibility for the protection of workers' rights within the WTO framework. Developing countries have been one source of such resistance. Developing countries are legitimately concerned that low labour standards could be used by developed countries as a pretext for disguised protectionist measures against them. It is important to note that some developing countries have used this argument to perpetuate and condone slave labour and exploitative forms of child labour. In effect, such manipulative discourse misuses trade language to justify non-compliance with human rights standards.

The International Labour Organization has promulgated 177 conventions on labour standards. These conventions and other related documents address a broad range of basic rights, from the freedom of association to detailed standards in particular industries. The ILO has, however, been subject to criticism. The breadth and diversity of its activities have been blamed for its lack of focus on the essential human rights of workers in the new global economy. Second, the ILO lacks formal, effective mechanisms for dispute settlement and enforcement. Its tripartite structure of decision-making only involves national delegates drawn from business, trade unions, and government. While this makes the ILO more open than other multilateral organizations, it often excludes NGOs and transnational civil society interests.

The reality of today's global economy raises concerns around the representivity of the workers' interests by national trade unions as well as the representivity of business views by national business associations. The representivity of workers' issues is particularly complex as governments in some countries sanction selected trade unions and suppress others. In a Declaration adopted by its membership, the ILO recently articulated a set of core labour rights. It listed these rights as the "freedom of association and recognition of the right to collective bargaining," the "elimination of all forms of forced or compulsory labour," the "effective abolition of child labour," and the "elimination of discrimination in respect of employment and occupation."[58]

It has been argued that low labour standards are a necessary strategy for the economic development of poor countries. In a comprehensive study, however, the OECD found that respect for basic labour standards similar to those in the ILO Declaration supports rather than undermines open trade-oriented growth policies in developing countries.[59] The report noted

58 Article 2, ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 86th Session, Geneva, 1998.
59 OECD, TRADE, EMPLOYMENT, AND LABOUR STANDARDS: A STUDY OF CORE WORKERS' RIGHTS AND INTERNATIONAL TRADE (1996).

that "the clearest and most reliable finding [of the study] is in favour of a mutually supportive relationship between successfully sustained trade reforms and improvements in association and bargaining rights."[60] It is true that the definition and interpretation of the right to association is a complex, contextual exercise. This does not mean, however, that such rights are too vague and indeterminate to be effectively enforced internationally. Notice should be taken that many of the key obligations in the WTO agreements were drafted in very general terms, but dispute settlement involving the non-discrimination provisions in Articles I and III of GATT has resulted in highly contextual interpretative exercises.

Ministers of WTO member countries decided in the 1996 Singapore Declaration to "renew [their] commitment to the observance of internationally recognized core labour standards".[61] That Declaration stated that the ILO "is the competent body to set and deal with these standards."[62] The Declaration rejected the use of labour standards for "protectionist purposes."[63] However, this did not resolve what the WTO should do if a developed state contemplates trade measures, not for protectionist purposes, but as a response to the non-compliance by a developing state with fundamental human rights in labour.

The United States and the European Union have provisions in their domestic laws that allow the withdrawal or modification of preferential trade arrangements with developing countries on many different grounds. These preferences are granted voluntarily and not by virtue of a binding legal obligation under the WTO. It therefore would be WTO-consistent for these countries to condition such preferences on labour rights performance. A serious issue arises, however, when a WTO member seeks to condition the WTO-required market access on labour rights practices in a particular exporting country.

The GATT itself does not create a general right of free access for imports. A member's basic obligation, subject to additional rules in the codes on food safety and on technical barriers, is to provide treatment as favourable to imports as that provided to domestic products. It seems fair to assume that a country that has banned slave labour in domestic production, for instance, could equally ban imports of products from facilities that use slave labour. This would amount to equal treatment of both domestic and imported products, with reference to the requirement that slave labour not be used. Requiring a country to accept imported products produced with slave labour, regardless of the treatment of like domestic products in its law, would in fact amount to demanding more favourable treatment to imports. GATT law does not mandate such a requirement and it is hard to imagine that many countries would agree to it.

In the *Tuna/Dolphin* cases, which dealt with trade and the environment, two unadopted GATT dispute settlement rulings suggested that equal treatment within the meaning of the National Treatment obligation of the GATT related only to measures based on the physical characteristics of a product. Therefore, irrespective of whether domestic products are treated similarly, there would be a per se violation of the GATT provision on import restrictions and prohibitions in the case of measures that distinguished products in their manner of production. This ruling has very questionable legal foundations in the GATT text. Furthermore, it is also inconsistent with previous rulings adopted by the WTO membership. In particular, it departs from a case in which the National Treatment concept was applied to a scheme in which the products were distinguished based on whether their production entailed the violation of intellectual property rights.[64]

It is also appropriate for the WTO dispute settlement organs to determine whether trade measures taken for the protection of public morals or of human life or health are necessary when taken against imports from countries that violate labour rights. It is arguably a violation of the Most Favoured Nation obligation in GATT Article 1 to single out products on the basis of the policies of the government of the country where they are produced. Article 1 requires that imported products be "unconditionally" extended the same rights under the GATT, regardless of the country they come from. However, Arti-

---

60 *Id.*, at 40.

61 Ministerial Conference of the World Trade Organization (December 13, 1996), Singapore Ministerial Declaration, adopted December 13, 1996, 36 I.L.M. 218 (1997).

62 *Id.*

63 *Id.*

64 *United States Section 337 of the Tariff Act of 1930*, January 16, 1989, 36 BISD 345 (1989). *See* R. Howse and D. Regan, *The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining Unilateralism in Trade Policy*. EUR. J. INT'L L. (forthcoming 2000/2).

cle XX allows the justification of otherwise GATT-inconsistent measures, where these measures are defensible on certain public policy rationales, including the protection of public morals and the protection of human life and health.[65]

Fundamental labour rights, recognized by the WTO membership in the 1996 Singapore Declaration, enter into the definition of public morals. Some, like the prohibition against enslavement, are human rights with the status of *jus cogens*. Human life and safety are clearly implicated in cases of slave labour and particularly extreme forms of child labour. Nevertheless, trade sanctions cannot provide a comprehensive solution to the complex issues that affect the labour rights performance of WTO members. Sanctions should be viewed only as a final strategy when others have been exhausted. Incentives in the form of preferences to developing countries which enforce basic labour rights would be a more effective means of encouraging progressive realization of labour rights. WTO members should provide technical assistance where needed and adequate time to implement corrective measures should be given to those countries which have demonstrated a commitment towards the rights of their workers. The WTO should disfavour punitive sanctions that isolate a particular political regime rather than address particular abusive governmental practices.

WTO Institutions, Transparency, and the Rule of Law

Trade liberalization, even in its narrow conception as a strategy for economic growth and prosperity, depends on the rule of law and transparently impartial and reasonable administrative and judicial procedures in which public officials are accountable. The trade policies of a corrupt, opaque, and arbitrary government that supports lawlessness and corruption in the private sector inevitably lead to a distorted and highly insecure market. In such cases, it matters little even if multilateral trade rules contain provisions that discipline border controls or address overt discrimination. Although GATT Article X contains important transparency provisions, they have rarely been applied or interpreted in dispute settlement.

Despite its long-standing mandate to deal with questions of transparency, the WTO has no institutional expertise in the area. The WTO institutional isolation from human rights institutions, among others, has compounded its inability to address transparency and due process-related provisions in specific agreements of the WTO. These include dumping, subsidies, procurement, technical barriers, and sanitary and phytosanitary agreements. It is absurd to expect a country that systematically violates basic human rights to faithfully execute and implement the processes that the WTO agreements require. It is necessary to draw on human rights expertise and accept the evaluations of international human rights institutions in order to guide the performance of the WTO in these matters.

Government Procurement

Government procurement policies are important in the calculation of human rights. There is a long-standing practice of government procurement conditionalities related to rights or other social objectives in a broad range of countries. Christopher McCrudden, a leading authority on the subject, has written the following:

> *The use of public procurement to put such policies into effect has a long history, most notably in pursuit of racial and gender equality... the Canadian government has introduced preferential award of federal contracts to Aboriginal peoples. The South African government currently uses a system of "targeted" procurement as part of its policy on social integration... One of the earliest International Labour Organization conventions (No. 94) requires a linkage between certain fair labour standards and government contracts, and this has been widely ratified. In addition, several European countries have various different types of policies for achieving women's equality attached as requirements in the award of public procurement contracts.*[66]

The WTO Agreement on Government Procurement (GPA) provides for National and MFN treatment when foreign suppliers bid for government procurement contracts. It also provides that qualifications that are not essential to ensure the ability to perform the

---

65 For the human rights implications of this provision, see S. Charnovitz, *The Moral Exception in GATT*, 38 VA. J. INT'L L. 689 (1998). *See also* R. Howse, *The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights*, 3 JOURNAL OF SMALL AND EMERGING BUSINESS LAW 131 (1999).

66 C. McCrudden, *International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of 'Selective Purchasing' Laws under the WTO Government Procurement Agreement*, 3 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 8 (1999).

contract may not be imposed on suppliers.[67] While on the face of it the MFN requirement prevents the exclusion of bidders on the grounds that the government of their country of origin violates human rights, Article VIII (b) of the GPA seems to allow the imposition of qualifications based on human rights performance. It appears, however, that the qualifications must be made a condition of the contract itself. That is, they must deal with the practices of the firm in question, and not the government of the country of its origin.

The government procurement policies of the State of Massachusetts in the United States recently gave prominence to procurement disputes. The state's procurement laws require that suppliers have no dealings with Myanmar (Burma). Myanmar's labour rights record has been the subject of censure by a resolution of virtually the entire membership of the ILO. Myanmar is not a party to the GPA but the European Union was concerned that the Massachusetts stipulation would prevent European companies doing business with Myanmar from bidding on government contracts in Massachusetts. The EU then commenced dispute settlement proceedings against the United States at the WTO. Those proceedings were only suspended when the United States Court of Appeals upheld a lower court judgement which found constitutional defects in the Massachusetts statute. However, the Supreme Court of the United States has now agreed to hear a final appeal from the appellate court judgement. If the Supreme Court reverses its decision, it is possible that a new WTO action will be commenced against the Massachusetts scheme.

Even if the Massachusetts law violated some provisions of the GPA, it might still have been justified under the exceptions provision of the Agreement, which allows measures that are, *inter alia*, necessary for reasons of public order. This concept, which is based on the idea of ordre publique in private international law, relates to the fundamental public policies of a society, and not merely order in the sense of civil peace and public security. McCrudden has suggested that public order should be interpreted to include the emerging international public policy of human rights.[68]

The GPA will surely be subject to review by the membership of the WTO in the coming years. In addition, procurement rules with respect to services are being negotiated. These will provide opportunities to further develop the position that human rights-based procurement conditions are consistent with WTO law. It is anomalous and unjustifiable that WTO regulations should force a country to provide better treatment to foreign bidders than to domestic enterprises, prohibiting it from imposing on the former human rights-based requirements that it routinely imposes on the latter.

The Trade Policy Review Mechanism

The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization codifies a long standing GATT practice of periodic review of trade policies of member countries.[69] The review, which is done by the WTO Secretariat on the basis of information provided by the WTO member, examines policies and their impact. A government statement of its policies and the Secretariat report are then discussed at a WTO meeting. The "review mechanism enables the regular appreciation and evaluation of the full range of individual Members' trade policies and practices and their impact on the multilateral trading system."[70] Regrettably, these policies and practices are not evaluated as to their impact on human rights or compliance with other international commitments. Democracy, the rule of law, human rights and the protection of labour rights have generally been overlooked, although there recently have been references to "social stability."

The perspective from which the policies of members are examined needs revision. Currently, the only issue considered in these examinations is whether a member's policies and practices support free trade. It is clear, however, that the perspective through which a member's policies are reviewed should not be only that of free trade but rather of the "functioning of the multilateral trading system."[71] As stated in the Preamble to the WTO Agreement, the objectives of this system are not free trade as such but, inter alia, "ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and ef-

67 Article VIII (b), WTO Government Procurement Agreement.

68 *Supra* note 66, at 41-42.

69 Annex 3, WTO Agreement, *supra* note 4.

70 *Id.*

71 *Id.*

fective demand" and "allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development."[72] International organizations concerned with human rights, including labour rights and development, should participate in the review process at the WTO. They should be prepared to respond when the reviews do not appropriately reflect the social and developmental goals of the multilateral trading system.

The skills and expertise of the WTO Secretariat responsible for research and report writing must be addressed if the Trade Policy Review Mechanism (TPRM) exercises are to properly examine the impact of trade policy on these other issues. Do the people who evaluate country reports have the requisite expertise in democracy and the rule of law, and the protection of labour rights? The TPRM process can draw on any "information available to it" instead of simply relying on data provided by governments. This would allow the use of information made available by NGOs and other international organizations such as the ILO. It is important to establish guidelines for the provision of information from independent sources relating to trade and its impact on human rights.

Trade-Related Intellectual Property Rights

Intellectual property rights are the first "private rights" to be protected under the WTO framework. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) was accepted with great reluctance by many developing countries. They feared that high levels of intellectual property protection would not be appropriate to technology transfer and other social objectives such as the affordability and availability of essential medicines.

Intellectual property can be understood as a form of monopoly right. Implicit in the basic understanding of individual autonomy is some protection of the ability to obtain compensation for an individual's creative work. In this construction, the ability to appropriate the work of others without compensation is an invitation to exploitation. But the kind or level of compensation that is fair and appropriate reflects a balance of values and rights within a society. There can be no absolute or abstract answers. Some intellectual property rights may provide undue power and allow creators the right to determine the price at which they will share their work with the world. However, that would be an extreme understanding of individualism, because in all almost all cases work is only possible in a social context.

Many of the provisions of TRIPs reflect the views and demands of countries with powerful industrial lobbies for high levels of intellectual property protection. Nevertheless there are some important clauses in the TRIPs agreement that do suggest an effort to achieve a more balanced approach. One example is Article 31 which, in certain circumstances, permits compulsory licensing of patents, provided certain conditions are fulfilled, including the provision of "adequate compensation" to the patent holder. In a recent dispute, United States business interests objected to compulsory licensing in South Africa of medication needed to address the AIDS crisis. Instead of suing South Africa under WTO law, the United States exerted pressure in bilateral relations. To avoid a public relations disaster, the United States eventually allowed South Africa the option of compulsory licensing to the extent consistent with TRIPs. Access to medical care is clearly a human rights issue, and it would have been unconscionable for the United States to prevent South Africa from providing needed drugs. The evolution of a balanced approach in the existing legal text should be a precondition for any further elaboration of intellectual property rights in the WTO context.

The Status of Economic, Social and Cultural Rights

The entire human rights corpus is based on the UDHR, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the trio of documents referred to as the International Bill of Human Rights. In its 30 articles, the UDHR proclaims two broad categories of rights: these are, on the one hand, civil and political rights, and, on the other, economic, social and cultural rights. Although for political and historical reasons the rights in the ICCPR have received more recognition than those in the ICESCR, the UDHR treats the two sets of rights as indivisible, interrelated, and interdependent. It is, however, a fact that civil and political rights are more developed jurisprudentially than economic, social and cultural rights. Critically, however, trade policies and globalization affect economic, social and

72 The WTO Agreement, *supra* note 4.

cultural rights, in particular. Hence the necessity of safeguarding these rights within the context of the GATT/WTO regime.

The civil and political rights that are provided for in Articles 3-21 include the rights to life, liberty and the security of the person; the prohibition against slavery, torture and cruel, inhuman or degrading treatment; freedom from arbitrary arrest and detention; the presumption of innocence and the right to a fair trial; and the freedom of speech, thought, religion, belief, conscience, assembly, movement and association. In Articles 22-27, the UDHR provides for economic, social and cultural rights. These rights include the right to social security, the right to work, the right to equal pay for equal work, the right to education, the right to rest and leisure, the right to security in the event of disability and unemployment, the right to health and the right to take part in the cultural life of the community. The UDHR makes no distinction and creates no hierarchy among the rights that it promulgates.

Briefly, the schism in human rights is a product of the bipolar ideological confrontation between the East and the West immediately following WWII. While the Soviet Union and its socialist allies posed as champions of economic and social rights, the West touted the primacy of civil and political rights. Soon after the adoption of the UDHR in 1948, positions hardened and eventually the UN decided to develop two separate covenants for the two sets of rights, each with different institutional and enforcement mechanisms and strategies. In a reflection of this ideological bias, many governments and human rights groups in the West became unsympathetic and even hostile to the idea of economic and social rights as "rights." It was argued unsuccessfully by these opponents that economic and social rights were not rights but "equities" or "concerns." Further, it was argued that, unlike civil and political rights, these rights were not justiciable in courts of law.

In reality, the opposition to economic and social rights in the West reflects the ideological divisions in the world that characterized the Cold War era, with social and economic rights being identified, misleadingly, with forms of collectivism and redistribution incompatible with individual liberty and market economics. One result of this fear was the creation within the ICCPR of the Human Rights Committee as its oversight body and the denial of a similar body for the supervision of the implementation of the ICESCR. In 1987, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights was specially established by the UN Economic and Social Council to monitor the ICESCR. Importantly, while the ICCPR requires states to realize their obligations under it immediately, the ICESCR resorts to the language of gradualism, asking states to "take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, *to the maximum extent of its available resources, with a view to realizing progressively the full realization*" of the rights in the Covenant. This vague and permissive language has only served as an excuse for governments that are all too eager to avoid their obligations under ICESCR.

It has been part of UN doctrine that the entire family of rights—civil and political as well as economic, social and cultural—are indivisible. The conceptual interdependence of the two sets of rights is beyond dispute. At the UN World Conference on Human Rights held in Vienna in 1993, over 180 countries affirmed that all human rights are "universal, indivisible and interdependent and inter-related." The Vienna Declaration and Programme of Action goes on to assert that "while the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, *it is the duty of states regardless of their political, economic and cultural systems to promote all human rights and fundamental freedoms*"[73]. Considering the opposition of some states to the notion of universality, the strength and clarity of this wording is significant.

The inter-relation of rights can be illustrated by a few examples. The right to form trade unions, for example, is guaranteed in the ICESCR, while the complementary rights to association and assembly are provided for in the ICCPR. The prohibition against non-discrimination in relation to the provision and access to education can be derived from Article 2 of the ICESCR and Article 26 of the ICCPR. Interpretations of both sets of rights almost always blur their supposed distinctions. In any event, it is now widely recognized and accepted that a society that denies basic social and economic rights cannot be stable and democratic and respect civil and political rights. In this connection, global trade should promote and protect the economic, social and cultural rights of individuals and communities.

---

73 Vienna Declaration and Programme of Action, UN World Conference on Human Rights, June 1993.

Economic and Social Policies: Food Safety, Technical Barriers and Services

GATT originally provided member states—at least in theory—with largely unconstrained legal autonomy to implement domestic economic and social policies. The only condition was that they not discriminate against trading partners. GATT Article XX provided that in the event of a conflict, certain public values, such as the protection of public morals or human health, would trump trade rules. Some recent WTO treaties, however, seek to discipline non-discriminatory policies and threaten to undermine the clear hierarchy of values established by GATT Article XX. One example is the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS), which governs domestic food safety regulations, and which has loomed large in the US-EU dispute around hormone-treated beef. Where a WTO member seeks to apply more stringent regulations than what is provided by international standards, its regulations must meet a range of criteria. Such regulation must be based on a scientific assessment of risk and must, even if non-discriminatory, be the least trade-restrictive standard available to achieve the level of risk that the member deems acceptable. Domestic product regulations are also controlled under the Technical Barriers to Trade Agreement (TBT), which requires that such regulations "not be more trade restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create."[74] These legitimate objectives are, *inter alia*, national security requirements, the prevention of deceptive practices, protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment.[75]

Some trade experts have taken the reference to "taking account of the risks non-fulfilment would create" to mean a balancing or proportionality test. Here, the trade restrictive effects of a regulation are weighed against the social and economic benefits resulting from a given reduction of risk. This interpretation, if adopted in dispute settlement, would constitute a fundamental departure from the hierarchy of norms stated in GATT Article XX. The obligation to implement social and economic rights lies with national governments under the relevant international instruments. However, the ability to do so through national social and economic regulation would be subject to the WTO dispute settlement organs, which would second guess the trade-offs made in such a regulation concerning acceptable risks. The SPS requirement for scientific risk assessment has been said to require that regulations must be based on a cost-benefit analysis. This is the sort of technique that was used ideologically in the 1980s by some developed countries to scale back social, economic and environmental regulations.

In the case of the SPS Agreement, however, the Appellate Body seems to prefer an interpretative approach which recognizes that the social responsibilities of governments should not be lightly interfered with by trade law. In the *Hormones*[76] case, the Appellate Body found that the European Community had not met a certain minimum threshold of scientific justification for its ban on cattle treated with synthetic hormones. It also said that this threshold should not be set in a way that frustrates the ability of governments to meet their responsibilities to protect their citizens. The Appellate Body held, for example, that governments could act on the basis of views other than mainstream scientific opinions. Ultimately, the decision about which scientific views were sound would rest on government as part of its responsibilities to the people.

The Appellate Body suggested, further, that scientific risk assessments could include real world considerations of enforcement and monitoring that do not arise under laboratory conditions but relate directly to the social responsibilities of governments. It stated as follows:

> *It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated... is not only risk ascertainable in a scientific laboratory under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die.*[77]

These indications of sensitivity to the economic and social responsibilities of governments would be greatly reinforced by an explicit understanding among WTO members that the rights and obligations contained in the SPS and TBT Agreements are

74 WTO Technical Barriers to Trade Agreement.

75 *Id.*, Article 2(2).

76 *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R (January 16, 1998).

77 *Id.*

subject to the overriding norms already explicit or implicit in Article XX of the GATT.

Other economic and social rights issues emerge in relation to trade in services. Opening up service markets to global competition through multilateral trade rules has been closely linked to the elimination of domestic monopoly provision of many services. Telecommunications and transportation services are examples. However, monopoly provision of certain services has often been done by a state enterprise with specific social and economic goals. These have included universal access to basic services and non-discrimination.

Anti-competitive monopolies or oligopolies have at times led to high prices and poor service for ordinary citizens. It would, however, be wrong to conclude that the shift to competition necessarily enhances access to basic services. The real question is the extent to which WTO rules actually limit, in intent or effect, the ability of governments to impose social obligations on foreign and competitive domestic service providers. Governments are responsible for the implementation of social and economic rights and bear the obligation to make certain services available at an affordable cost.

The General Agreement on Trade in Services (GATS) forecasts new disciplinary measures that would limit even non-discriminatory requirements that governments impose on service providers. These disciplinary measures would ensure that such requirements "do not constitute unnecessary barriers to trade in services."[78] This provision seems to recognize only those requirements that ensure the quality of a service as legitimate. There is no recognition of the legitimacy of requirements related to human rights. There should be an implicit view that putting requirements on service providers is a legitimate means of achieving redistributive goals. A Working Party on Domestic Regulation is expected to complete work on possible disciplines under GATS Article VI at the end of 2000. The resulting agreement should contain a clear statement of the precedence of human rights, including economic and social rights, over any such disciplines. This will be especially important as efforts intensify to induce members to make specific commitments to market access in more sectors, such as health and education, where policy goals related to human rights are obvious.

Ending the Institutional Isolationism of the WTO

This paper noted at the beginning that GATT evolved in isolation from other multilateral institutions of global governance such as the United Nations and World Bank. However, the approach to treaty interpretation and dispute settlement since the creation of the World Trade Organization in 1994, and developed by the Appellate Body since then, seeks rightly to interpret WTO law in light of the broader framework of international law. This must explicitly and consistently include international human rights law.

So far, however, interpretation has not been profound and has not expanded institutional relationships across the various regimes of international law and global governance. Despite some formal ties with the International Organization for Standardization (ISO), inclusion of IMF views in certain disputes concerning balance of payments-related trade restrictions, and reference to collaboration between the ILO and the WTO in the Singapore Declaration, there has been virtually no serious dialogue or interaction between the WTO as an institution and other relevant international institutions. The only collaborative effort in recent times worthy of note is with the World Bank, on a trade and development website. This record is appalling.

The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization states that the "General Council shall make appropriate arrangements for effective cooperation with other intergovernmental organizations that have responsibilities related to those of the WTO."[79] The word "shall" in this provision means that it is a formal obligation of the treaty for the membership, through the General Council, to make such arrangement for "effective" cooperation. The implementation of this obligation should be a subject of formal review. As an initial step in this review, the views of relevant international organizations and NGOs should be solicited and given considerable weight.

---

78 Article VI(3), General Agreement on Services.

79 Article V, WTO Agreement, *supra* note 4.

At the end of January 2000, a new initiative of the United Nations was inaugurated – the Global Compact – to link businesses, citizens and certain international agencies in a dialogue concerning labour issues, environmental protection and human rights.[80] The intergovernmental institutions involved in this effort include the International Labour Organization, the United Nations Environmental Programme, and the UN High Commissioner for Human Rights. It is highly regrettable that the World Trade Organization is not involved – indeed the launching of such an initiative without its participation is very discouraging, as it suggests that such a dialogue can legitimately and satisfactorily take place without the WTO participating.

Conclusion

As we consider the evolution of international trade law in its relationship to the existing legal regime governing human rights, we are confronted with a number of dilemmas and few definitive solutions. Trade law is basically treaty law. Its interpretation must be taken into account and be consistent with the hierarchy of norms in international law, reflecting for instance the status of some human rights as preemptory norms, erga omnes. When trade law is interpreted in this manner, there need not be any conflict between trade law and human rights law. This does not mean that the general impact of trade liberalization, when taken in its dynamic relationship to other phenomena connected to globalization, such as free capital movements, and the tendency of the international financial institutions to prescribe deregulatory answers to basic questions of social and economic development, may not have negative effects on human rights. This is the perspective through which governments and civil society should address the problems of uneven development, particularly in cases and controversies where there is no specific conflict of legal rights and obligations as such.

Trade law itself should be interpreted and evolved in a manner consistent with the hierarchy of norms in international law generally, where many basic human rights have the status of custom, general principles, or erga omnes obligations, which would normally prevail over specific provisions of a trade treaty, assuming an actual conflict. When properly interpreted and applied, the trade regime recognizes that human values related to human rights are fundamental and prior to free trade itself, which is merely an instrument of basic human values. The primacy of human rights over trade liberalization is consistent with the trade regime on its own terms. The institutions that are the official guardians of trade law pose formidable barriers to the proper and full realization of this insight.

Although we find there to be an absence of such legal conflict in the classic sense, there is nevertheless a need for institutional evolution in the international system, a need to understand the effects of trade laws and policies in the broadest sense, and a need to evolve new laws and policies in a manner that overcomes the post-war legacy of isolation between human rights institutions and economic institutions, including those preoccupied with the trading system. We, therefore, offer this paper as a contribution to the growing body of research seeking to respond to those needs.

80 For a full description of the Global Compact Initiative, see http://www.unglobalcompact.org

Protection des droits humains et mondialisation de l'économie

Un défi pour l'OMC

par Robert Howse et Makau Mutua

Droits et Démocratie
Centre international des droits de la personne
et du développement démocratique

Les auteurs

Robert Howse est professeur à la faculté de droit de l'Université du Michigan et fait partie du corps enseignant du World Trade Institute, à Berne, en Suisse. Il a également enseigné le droit international commercial à l'Université de Toronto, à la Harvard Law School ainsi qu'à l'Académie de droit européen de l'Institut universitaire européen, à Florence. Coauteur de ***The Regulation of International Trade*** (2e édition, 1999), il a également publié ***Economic Union, Social Justice and Constitutional Reform*** (1991) et a dirigé la publication en quatre volumes de l'ouvrage ***The World Trading System: Critical Perspectives on the World Economy*** (1998).

Titulaire d'un doctorat de la Harvard Law School, ***Makau Mutua*** est professeur de droit et directeur du Centre des droits humains à la faculté de droit de l'Université de l'État de New York à Buffalo. Il a enseigné à Harvard, à l'Université de l'État de New York à Buffalo, à la faculté de droit de l'Université de Porto Rico et à l'Université de Dar-es-Salaam, Tanzanie. Il préside la Commission des droits de la personne du Kenya qui a son siège à Nairobi. Il a en outre coprésidé le Congrès annuel de l'American Society of International Law. Il siège aux conseils d'administration de plusieurs organisations internationales et revues universitaires. Il a abondamment écrit sur les droits humains et agi comme consultant auprès des Nations Unies et d'ONG.

Autres publications de Droits et Démocratie

(Voir notre site Web pour une liste complète de nos publications)

Les intérêts miniers canadiens et les droits de la personne en Afrique dans le cadre de la mondialisation, par Bonnie Campbell, 1999.

Méthodologie de recherche sexospécifique, par Agnès Callamard, 1999, en collaboration avec Amnesty International.

Documenter les violations des droits humains par les agents de l'État : la violence sexuelle, par Agnès Callamard, 1999, en collaboration avec Amnesty International.

Les femmes et la consolidation de la paix, par Dyan Mazurana et Susan McKay, 1999.

Donner une conscience au commerce: Stratégies d'intégration des droits humains aux affaires courantes des entreprises, Volume 2, par Craig Forcese, 1997.

Commerce et Conscience? Droits humains et codes de conduite des entreprises, Volume 1, par Craig Forcese, 1997

Les droits humains, le chaînon manquant de l'APEC, 1997.

Droits et Démocratie est une organisation canadienne investie d'un mandat international. En coopération avec la société civile et les gouvernements canadien et étrangers, elle fait la promotion et la défense des droits de la personne par le dialogue, le travail d'intervention, le renforcement des capacités et l'éducation du public. Sa stratégie s'articule autour de quatre thématiques : développement démocratique, droits des femmes, droits des peuples autochtones et mondialisation et droits humains.

© Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2000.

Tous droits réservés. Toute reproduction à quelque fin que ce soit est interdite sans le consentement de Droits et Démocratie. Le présent essai n'engage que les opinions des auteurs et ne reflète pas nécessairement le point de vue de Droits et Démocratie.

Dépôt légal : Bibliothèque nationale du Québec, deuxième trimestre, 2000.

Bibliothèque nationale du Canada, deuxième trimestre, 2000. ISBN : 2-922084-26-4

Traduction : Claudine Vivier

Graphisme : Lucie Brunel et Jacques Gauthier

Imprimé au Canada

Droits et Démocratie
Centre international des droits de la personne et du développement démocratique

1001, boul. de Maisonneuve Est, Bureau 1100
Montréal (Québec) CANADA H2L 4P9
Tel. 1(514) 283-6073. Téléc. 1(514) 283-3792
Courriel : ichrdd@ichrdd.ca
Site Web : www.ichrdd.ca

Préface

Depuis une dizaine d'années, les accords commerciaux retiennent de plus en plus l'attention du public. Un nombre croissant de personnes – agriculteurs, syndicalistes, militants des droits humains, petits entrepreneurs, écologistes, paysans, étudiants, etc. – s'alarment des retombées de ces accords sur leurs conditions de vie. Malgré tous les discours sur les avantages de la mondialisation et ses présumés bienfaits pour la croissance économique, il reste qu'à l'échelle mondiale, l'écart entre riches et pauvres ne cesse de se creuser et que des millions de personnes sont privées des droits humains fondamentaux garantis par les Nations Unies. La création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en dehors des auspices de l'ONU n'a fait qu'exacerber bon nombre des inquiétudes de la société civile.

Il n'existe aucun consensus sur la nature des effets que la libéralisation des échanges peut avoir sur les droits humains, ni même de méthode perfectionnée pour mesurer l'incidence des accords commerciaux sur la situation des droits humains. Dans les cercles économiques dominants où s'élaborent les politiques commerciales, on estime bien souvent qu'il n'y a aucun rapport entre commerce et droits humains et que ces problèmes n'ont strictement rien à voir avec la libéralisation des échanges. De l'autre côté, il est fréquent que les groupes de défense des droits humains soient peu familiarisés avec les questions commerciales. Ils ne comprennent pas le discours économique et se méfient de tout le processus, depuis les négociations tarifaires jusqu'au règlement des différends commerciaux. Ces deux milieux sont si étrangers l'un à l'autre qu'ils ne partagent pas le même vocabulaire, et encore moins la même vision du monde.

Les échanges commerciaux et les droits humains sont codifiés dans des régimes juridiques très élaborés qui ont été négociés par les États depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Ces deux régimes se sont développés en vase clos, coupés l'un de l'autre. Tant le droit commercial que les droits des droits humains ont resserré la marge d'action des gouvernements. Pourtant, il est rare qu'on se soit demandé s'il y avait incompatibilité entre ces deux régimes juridiques.

C'est pour ces raisons que Droits et Démocratie a décidé de commander une étude à deux spécialistes de ces champs du droit. Nous avons été enchantés que Robert Howse et Makau Mutua acceptent notre invitation et entreprennent d'analyser quelques-uns des défis que les instruments relatifs aux droits humains posent au droit international du commerce. Les auteurs identifient un certain nombre d'instances où l'OMC, dans sa forme actuelle, pourrait très bien prendre en compte la dimension des droits humains. Si l'architecture institutionnelle de l'OMC est loin d'être ce que les militants des droits humains aimeraient qu'elle soit, nous espérons, avec cette étude, enterrer définitivement l'argument selon lequel l'OMC n'a ni le mandat ni la capacité d'intégrer la dimension des droits humains dans ses décisions.

Cette analyse est le fruit d'un dialogue – entre les deux auteurs et leurs champs d'expertise respectifs d'une part, et entre les 26 participants d'un atelier organisé à Seattle par Droits et Démocratie, de l'autre. Si ces diverses perspectives ont pu enrichir la présente recherche, il n'existe néanmoins aucun consensus sur la meilleure stratégie à adopter pour que les droits humains puissent influencer concrètement, et pas seulement théoriquement, les règles du commerce international. On ne s'entend pas sur les actions à mener auprès des consommateurs, sur le rôle des sanctions, sur l'idée d'élargir le mandat de l'OMC et sur les moyens les plus efficaces à prendre pour protéger les droits fondamentaux au travail.

Que faire dans ces conditions ? Certains diront qu'il ne sert à rien de vouloir réformer l'OMC, que sa structure est si boiteuse qu'il ne reste qu'à la mettre au rebut. D'autres vont appuyer les réformes institutionnelles suggérées dans cette étude, peut-être en aidant l'OMC à définir des mécanismes qui permettront aux institutions internationales, aux experts et aux ONG d'intervenir dans les procédures de règlement des différends. Les organismes de la société civile sont susceptibles d'emprunter de multiples voies pour essayer de résoudre ces questions cruciales. Nous espérons, avec cet article, fournir de l'aide et certains arguments d'ordre juridique à ceux qui essaient de convaincre les gouvernements et les institutions multilatérales qu'ils ne peuvent continuer à cloisonner le commerce et les droits humains dans des compartiments étanches, et que leurs obligations premières résident dans les références aux droits humains contenues dans la Charte des Nations Unies.

Warren Allmand, président
Droits et Démocratie

Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : un défi pour l'OMC

RESUME

Depuis les années 80, nous assistons à une accélération de la mondialisation, un phénomène surtout associé à l'intégration rapide de l'économie mondiale. La mondialisation pose de nouveaux défis et ouvre de nouvelles perspectives en ce qui regarde la protection et la promotion des droits humains. Même si les régimes actuels du droit commercial et des droits humains sont tous deux des créations de l'après-guerre, ils se sont développés sur des voies parallèles, séparées et parfois contradictoires.

Le système du GATT d'après-guerre a évolué pour aboutir en 1994 à la création de l'Organisation mondiale du commerce ; ses règles ainsi que les accords qui l'accompagnaient s'inscrivent désormais dans un code juridique détaillé qui est interprété et défini par un mécanisme de règlement des différends. Mais ce mécanisme, qui n'est pas transparent, n'a jamais envisagé le règlement des litiges dans l'optique du respect des droits humains. Les dispositions des accords de l'OMC sur la sécurité alimentaire, les obstacles techniques au commerce et les droits de propriété intellectuelle ont pour effet de réduire la capacité des gouvernements d'honorer leurs obligations envers leurs propres citoyens. C'est notamment le cas des droits sociaux et économiques, qu'il faudrait traiter non pas séparément, mais en association avec les droits civils et politiques.

Pour les auteurs de la présente analyse, il n'y a pas nécessairement conflit entre le régime du droit commercial et celui des droits humains, à la condition que le droit du commerce soit interprété et appliqué en conformité avec les obligations incombant aux États en matière de droits humains. Il faut entendre par là une interprétation qui respecte la hiérarchie des normes du droit international et qui donne aux droits humains, dans la mesure où ils jouissent du statut de droit coutumier et de celui de normes impératives, la primauté sur les dispositions de n'importe quel traité, y compris les accords commerciaux. Le préambule de l'Accord de Marrakech, qui établit toute l'architecture du système de l'OMC, ne fait pas du libre commerce une fin en soi. Il assigne au contraire à l'OMC un certain nombre d'objectifs associés à l'application de valeurs humaines fondamentales comme l'amélioration du niveau de vie pour tous et le développement durable. C'est un fait largement reconnu aujourd'hui, tant par les spécialistes du développement que dans de nombreux énoncés de politique internationale, que ces objectifs ne pourront être atteints sans qu'il y ait respect des droits humains.

La Charte des Nations Unies assigne à l'ONU le but de « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ».

Même si on trouve dans le texte de l'Accord du GATT – aujourd'hui intégré dans le système plus large des traités de l'OMC – une reconnaissance de valeurs non commerciales fondées sur l'intérêt public et censées prévaloir en cas de conflit avec les règles gouvernant la libéralisation des échanges, l'isolement institutionnel du GATT a fait que ce principe a été mal interprété. Plus précisément, l'article XX du GATT, conçu au départ comme un des piliers du régime commercial international, a souvent été interprété de manière si restrictive qu'on l'a marginalisé et presque rendu caduc. Le secret et le manque de transparence entourant les procédures de règlement des conflits et d'appel au sein de l'OMC viennent encore aggraver les problèmes provoqués par son isolement institutionnel. On a souvent considéré que le GATT établissait un droit général au libre commerce ; cependant, comme l'Organe d'appel de l'OMC l'a souligné dans quelques décisions récentes, le GATT et les autres accords de l'OMC établissent un équilibre délicat entre droits et obligations. Et les dispositions qui limitent ou font contrepoids aux effets de la libéralisation des échanges, protégeant ainsi d'autres intérêts que les intérêts commerciaux, sont une composante du droit international du commerce aussi fondamentale que les dispositions favorisant la mondialisation des marchés. Elles ne doivent être ni occultées ni édulcorées.

Mais une interprétation éclairée du GATT et des autres accords de l'OMC ne pourra à elle seule résoudre les problèmes du sous-développement, de l'inégalité et des violations des droits fondamentaux qu'ils génèrent. Il faut examiner les règles du commerce en les mettant en rapport avec d'autres phénomènes associés à la mondialisation comme la libre circulation des capitaux et les pratiques des institutions financières internationales. Nous devons mesurer et analyser l'ensemble des retombées que peuvent avoir les règles et les politiques commerciales, et formuler de nouvelles orientations de manière à faire en sorte que les institutions chargées de la promotion des droits humains et les institutions économiques, y compris celles qui s'occupent du système commercial multilatéral, ne fonctionnent plus en vase clos.

Points à retenir

- *Rapports entre droit commercial et droit relatif aux droits humains* : en cas de conflit entre un droit humain universellement reconnu et un engagement relevant du droit international des traités, comme par exemple un accord commercial, le second devra être interprété en conformité avec le premier. Si on l'interprète et on l'applique correctement, le régime commercial reconnaît que les droits humains sont fondamentaux et ont préséance sur le libre commerce.

- *Normes de travail* : on entend souvent dire que le GATT interdit aux États membres de réglementer l'accès de leur marché aux importations en fonction des conditions de fabrication de ces produits, même si ces règlements s'appliquent de la même manière aux produits fabriqués sur le territoire national. Toutefois, cette conception ne résiste pas à une analyse approfondie de la jurisprudence, même si elle a inspiré deux décisions notoires qui, d'ailleurs, n'ont pas été adoptées par les membres du GATT. Une juste interprétation du texte du GATT permettrait à un État d'assujettir l'accès de son marché aux normes de travail en vigueur dans le lieu de production.

- *Marchés publics* : les règles régissant la passation des marchés publics en matière de services sont en cours de négociation, et c'est là l'occasion de renforcer la position voulant que les États puissent imposer des conditions à l'octroi de contrats gouvernementaux sans contrevenir au droit de l'OMC. Dans le même sens, l'Accord sur les marchés publics (AMP) existant, qui touche au commerce des produits, devrait être interprété de manière à permettre aux gouvernements d'assujettir à des critères éthiques le choix des fournisseurs. Ne pas autoriser les États membres de l'OMC à imposer aux fournisseurs étrangers les conditions qu'ils exigent systématiquement des entreprises nationales (comme la non-discrimination, par exemple) équivaudrait à obliger les États à favoriser les fournisseurs étrangers, chose qu'il est douteux que l'AMP puisse imposer. En outre, l'exception aux règles normales de l'AMP qui permet aux États membres d'invoquer des raisons d'ordre public doit être interprétée à la lumière du droit international relatif aux droits humains.

- *Examen des politiques commerciales* : les États membres de l'OMC sont actuellement soumis à un mécanisme d'examen chargé d'évaluer dans quelle mesure leurs politiques et pratiques favorisent le libre commerce. Or, ce critère n'est pas conforme au véritable objectif du mécanisme d'examen, qui consiste à passer en revue les politiques des États pour mesurer leur « incidence sur le système commercial multilatéral ». L'objectif du système commercial n'est pas le libre-échange en soi, mais plutôt « la réalisation du plein emploi », « l'utilisation optimale des ressources mondiales » ainsi que « le développement durable ». Les politiques et pratiques commerciales des États devraient être évaluées en fonction de ces objectifs.

- *Règlement des différends* : les instances de l'OMC chargées du règlement des différends pourraient davantage tenir compte de l'impact de leurs décisions sur les droits humains si d'autres organismes pouvaient intervenir à titre d'*amicus curiæ*. Dans les affaires des *Crevettes* et des *Tortues marines*, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont établi un précédent en acceptant la présentation de tels mémoires. Mais le fait que les plaidoiries orales et écrites ne soient pas publiques risque de restreindre la portée de ces interventions, et il faudrait réviser au plus vite les dispositions du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

- *Gouvernance mondiale* : les instances chargées d'interpréter le droit de l'OMC ne font pas appel à l'expertise des autres institutions qui gouvernent les divers champs du droit international. Il n'y a pas non plus de dialogue ou de collaboration entre l'OMC en tant qu'institution et les autres organismes internationaux concernés. C'est pourtant ce que prévoit l'Accord instituant l'OMC. Le respect de cette obligation devrait faire l'objet d'un examen formel.

Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : un défi pour l'OMC

Depuis la fin des années 80, la montée de l'économie de marché, combinée à une révolution des technologies de l'information, a accéléré le processus de mondialisation, alors que les institutions de « gouvernance » internationale se sont montrées incapables ou peu désireuses de rattraper le mouvement. La privatisation et tout ce qui l'accompagne – déréglementations, programmes d'ajustement structurel ainsi qu'une multitude de nouveaux accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux sur le commerce et les investissements – progressent sans qu'on assiste à des efforts un tant soit peu crédibles pour s'attaquer, tant sur le plan théorique que pratique, à leurs effets sur les droits humains protégés par le droit international. Nous nous proposons, dans cette étude, d'analyser les tensions et les possibles synergies entre les deux régimes juridiques qui gouvernent le commerce et les investissements, d'une part, et les droits humains, de l'autre. Il faut que les accords en matière de commerce et d'investissements, ainsi que les pratiques des entreprises internationales, soient redevables du droit relatif aux droits humains. L'esprit du droit international des droits humains doit encadrer le développement du droit commercial si l'on veut qu'il atteigne ses buts.

En cette ère de mondialisation, la libre circulation du capital à travers les frontières a des répercussions bien réelles sur les droits humains. Certes, les violations des droits humains ne datent pas d'aujourd'hui et existaient déjà avant l'intégration économique accélérée que nous connaissons, mais avec la multiplication des secteurs touchés par les accords commerciaux apparaissent de nouvelles formes de violations des droits auxquelles il faudrait s'attaquer plus vigoureusement. On peut citer l'exemple du Nigéria où, depuis une dizaine d'années, les sociétés pétrolières étrangères et les régimes militaires ont pollué de vastes superficies de terres dans les zones pétrolifères et réagi avec une effroyable brutalité quand les Ogonis ont voulu défendre leurs droits fondamentaux. Dans plusieurs pays d'Asie et dans d'autres économies émergentes, les employeurs et les gouvernements ont appuyé des pratiques qui violent impunément les droits des travailleurs, que ce soit dans les « usines-bagnes » ou par l'exploitation de la main-d'œuvre enfantine ou servile, ou encore par la servitude pour dettes et le travail forcé. En même temps, la mondialisation a permis d'attirer davantage l'attention sur ces pratiques en général, y compris celles qui existaient avant elle mais qui restaient souvent ignorées.

Le régime de « libre » échange mondial et le droit relatif aux droits humains universels sont tous deux des créations de l'après-guerre. Mais ils se sont développés sur des voies parallèles, distinctes et parfois incompatibles[1]. L'ordre économique mondial actuel, fondé sur une tendance dominante en faveur d'un marché planétaire unique, prend ses assises dans les institutions de Bretton Woods[2]. Les origines du système commercial multilatéral remontent à l'Organisation internationale du commerce (OIC), qui devait à l'origine faire partie intégrante du projet de paix et de sécurité mondiale développé après la Deuxième Guerre mondiale[3]. On estimait alors essentielle à l'instauration d'une paix mondiale la mise sur pied d'un système équitable de commerce international. Le protectionnisme que pratiquaient les pays occidentaux – à coup de mesures tarifaires et de quotas – fut considéré comme une source d'instabilité en Europe. On accusait ce genre de politique d'avoir provoqué la montée du fascisme et, en fin de compte, le deuxième conflit mondial. Mais les architectes des accords de Bretton Woods n'avaient pas seulement à cœur d'enrayer la guerre économique que se livraient les États derrière des barrières commerciales déclarées. L'OIC devait aussi s'occuper des pratiques commerciales restrictives et de normes de travail équitables.

Plusieurs facteurs sont venus toutefois modifier cette orientation, ce qui a donné naissance à un ordre commercial multilatéral différent. Tout d'abord, le projet de l'OIC a échoué. On a adopté à sa place un minimum de règles visant essentiellement les mesures tarifaires et les politiques ouvertement discriminatoires à l'endroit de certaines importations, sans véritablement prévoir de cadre institutionnel ni de dispositions concernant des questions comme les normes de travail. Deuxièmement, avec la bipolarisation du monde générée par la Guerre froide, le GATT (General Agreement on Tarriffs and Trade) est devenu une instance essentiellement vouée à la libéralisation des

---

1 Voir l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 55 U.N.T.S. 194 (Accord original du GATT). Il a été modifié par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994. Voir aussi la Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G res. 217 A (III), U.N. Doc A/810 (1948). La Déclaration est le document fondateur du mouvement international contemporain des droits humains.

2 Le système de Bretton Woods comprend la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, ou Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI) et le GATT. Voir *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text* 1 (sous la direction de Hohn H. Jackson, William J. Davey et Alan O. Sykes Jr, West Publishing Co., St. Paul, Minneapolis, 1996).

3 Les efforts déployés pour mettre sur pied l'OIC furent abandonnés quand des partisans de l'isolationnisme s'y opposèrent au sein du Sénat américain. *Id.*, at 293-95.

échanges entre pays occidentaux. Il a, sans nul doute, énormément contribué à la réduction ou à l'élimination d'une série d'entraves au commerce entre ces nations. La libéralisation des échanges est devenue un moteur de croissance dans le projet de reconstruction économique, sociale et politique de l'Europe et du Japon. La coopération intergouvernementale, l'aide et l'initiative privée ont joué un rôle essentiel dans l'effort de reconstruction.

Lorsque de plus en plus de pays en voie de développement ont commencé à adhérer au GATT, ils se sont vite rendu compte que ce nouveau régime d'après-guerre ne répondait pas à leurs besoins. Bon nombre d'entre eux se retrouvaient pris dans le conflit Est-Ouest. Mais grâce à quelques amendements minimaux aux accords initiaux du GATT, ils purent bénéficier de certaines exemptions ou d'obligations réduites en matière de libéralisation des échanges. Ironiquement, les pays en développement ont pu dresser de très hautes barrières contre un grand nombre des produits d'exportation majeurs d'autres pays en développement, alors même que les droits de douane sur les produits échangés entre pays développés chutaient. Le GATT, qui s'occupait exclusivement de négociations et de supervision de règles destinées à libéraliser le commerce, a fonctionné dans un « superbe isolement » par rapport aux autres institutions internationales de l'ordre mondial d'après-guerre. Nombreux étaient ceux qui, au sein du GATT, se disaient fiers que le système commercial multilatéral ait pu faire progresser le libre commerce dans le cadre de règles précises, alors que d'autres institutions internationales demeuraient paralysées ou anémiées à cause de facteurs d'ordre géopolitique.

Durant les années 70, le GATT étant devenu un forum efficace de négociations sur la réduction des tarifs douaniers, on s'intéressa de plus en plus aux politiques internes des États. Quoique non ouvertement discriminatoires, certaines de ces pratiques pouvaient équivaloir à tricher sur les concessions négociées ou à en miner la portée. Des questions comme les subventions aux exportations, le dumping et les obstacles « techniques » au commerce se mirent de plus en plus à figurer à l'ordre du jour des réunions du GATT. Avec la création en 1994 de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), de nouvelles règles explicites sont venues encadrer bon nombre de domaines épineux comme les obstacles techniques au commerce, les services, la propriété intellectuelle et les subventions[4].

Contrairement au cadre juridique plutôt squelettique du texte original du GATT, les nouveaux accords de l'OMC établissent des règles qui ne sont pas des « critères » généraux sur lesquels peut se baser une bureaucratie d'experts pour trouver des solutions spécifiques à chaque différend. Les règles de l'OMC ont souvent le caractère d'un code juridique détaillé, et impliquent un équilibre entre l'autonomie réglementaire et une libéralisation du commerce explicitement négocié *ex ante*. De plus, le non-respect de ces nouvelles règles – et des anciennes aussi – tel qu'interprété dans les règlements des différends déclenche un droit de représailles à l'endroit du contrevenant, la sévérité de ces représailles étant déterminée par arbitrage. Dans l'ancien accord du GATT, les décisions des comités chargés du règlement des différends devaient recevoir l'approbation des membres de l'organisation, tandis qu'avec l'OMC, les décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant un Organe d'appel permanent, mais elles prennent immédiatement effet, telles que maintenues ou modifiées en appel, à moins que les membres ne s'y opposent par consensus.

L'OMC, l'Organisation des Nations Unies et les institutions financières et économiques internationales constituent l'assise institutionnelle d'un « consensus global » sur la façon légale et universellement acceptée de se comporter dans les domaines politique, économique, commercial, social et sur le plan des droits humains. Mais il serait prématuré d'applaudir l'existence d'un tel « consensus ». En effet, les rapports entre ces différentes institutions restent encore à définir. Par exemple, que faire lorsqu'il y a clairement contradiction entre un droit fondamental et un principe ou une disposition du droit commercial international ? Les droits humains doivent-ils avoir préséance sur le droit du commerce ou vice versa ? Comment le droit international peut-il développer un code de règles favorisant le « libre » échange tout en encourageant et en protégeant les droits humains ? Le comité des droits économiques, sociaux et culturels a déclaré que la libéralisation du commerce « doit être comprise comme un moyen, et non pas comme une fin. Le but auquel celle-ci doit tendre devrait être d'assurer le bien-être de l'homme, objectif qui trouve son expression juridique dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme[5]. »

Le défi que notre monde doit relever aujourd'hui est de trouver le moyen d'influencer le processus de mon-

4 Voir l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994.

5 Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'Organisation des Nations Unies à la troisième conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce. E/C.12/1999/9, 26 novembre 1999.

dialisation de manière à éliminer les souffrances humaines, la pauvreté, l'exploitation, l'exclusion et la discrimination. Puisque le commerce est le moteur de la mondialisation, il est impératif qu'à tout le moins, les règles qui le gouvernent ne contreviennent pas aux droits humains fondamentaux et qu'au contraire, elles les favorisent et les protègent. La formulation de telles règles devrait s'inscrire dans le cadre d'un processus ouvert à tous, transparent, démocratique, participatif et qui traverse toutes les barrières. Les institutions financières et commerciales internationales, et en particulier l'OMC, devraient inviter la société civile internationale à participer à ce processus aux côtés des gouvernements, des organisations inter-gouvernementales et des représentants du secteur privé. Depuis quelques années, la Banque mondiale elle-même insiste davantage sur le rôle de la société civile et de la participation populaire dans son programme de « gouvernance »[6].

Nous nous proposons ici d'analyser les rapports difficiles entre commerce et droits humains et de dégager sur quels points il y a conflit et matière à harmonisation. Les droits humains et le droit commercial ne sont pas nécessairement irréconciliables tant que le droit commercial se développe et est appliqué de manière à respecter la hiérarchie des normes du droit international. Les droits humains, dans la mesure où ils sont des obligations *erga omnes* et qu'ils ont le statut coutumier ou de principes généraux, auront normalement préséance sur les dispositions spécifiques qui entrent en conflit dans des traités telles que les ententes commerciales. Les règles et procédures de l'OMC doivent être interprétées de façon à favoriser le respect des droits humains, la transparence, la redevabilité et la représentativité. Nous en viendrons à conclure que les droits humains et le commerce sont *fondamentalement indissociables*, complémentaires plutôt que contradictoires.

Les droits humains en droit international

Au cours des 50 dernières années, le droit international relatif aux droits humains a acquis une autorité morale qu'on a rarement attribuée aux autres sphères du droit international. En fait, le poids et la légitimité des droits humains sont tels que pratiquement toutes les grandes causes modernes ont essayé de se draper dans le discours des droits humains[7]. Louis Henkin, un théoricien renommé, qualifie notre époque d'« Âge des droits »[8], vu que les droits humains sont la « seule idée politico-morale universellement acceptée »[9]. Philip Alston, un autre éminent chercheur, soutient que « le fait de caractériser un objectif spécifique de droit humain l'élève au-dessus des autres objectifs sociétaux, l'immunise contre toute éventuelle contestation et le nimbe généralement d'une aura d'intemporalité, d'absolu et de validité universelle[10] ». Fondé sur la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), qu'Henry Steiner a décrite comme le « parent spirituel » des autres traités relatifs aux droits humains[11], le droit des droits humains est devenu une composante incontournable du paysage international.

Il existe aujourd'hui un catalogue impressionnant de traités et d'organismes internationaux et régionaux consacrés aux droits humains. Que leur mandat consiste à simplement surveiller la situation des droits humains, à en encourager le respect ou à en permettre l'exercice effectif, ces multiples normes et institutions ont radicalement resserré le concept traditionnel de souveraineté nationale qui garantissait auparavant aux États l'impunité pour les abus commis à l'intérieur de leurs frontières. Les droits humains ne contestent pas, bien sûr, la souveraineté des États, quoiqu'ils la circonscrivent à d'importants égards. Le droit international ne remplace pas le droit interne ; il donne plutôt aux États souverains des instructions sur les droits internationalement acceptés en leur laissant, en général, le soin de mettre ces normes en application sur leur territoire.

Le droit relatif aux droits humains a modifié le droit international de manière fondamentale. S'il est un principe incontesté du droit international depuis la Deuxième Guerre mondiale, c'est celui qui veut que la façon dont un État traite ses propres citoyens ne relève plus de la seule juridiction interne[12]. Il est vrai, certes, que les droits humains ne sont pas la seule doctrine de droit international qui circonscrive les

---

6 Voir, par exemple, Caroline M. Robb, *Can the Poor Influence Policy?*, Banque mondiale : 1998; Stephan Haggard et Steven B. Webb, (dir.), *The World Bank Participation Sourcebook*, Banque Mondiale: 1996.

7 Makau wa Mutua, "The Ideology of Human Rights", 36 *Va.J.Int'l L.* 589-90 (1996).

8 Louis Henkin, *The Age of Rights* ix (1990).

9 *Id.*

10 Philip Alston, "Making Space for New Human Rights: the Case of the Right to Development", 1 *Harv. Hum. Rts. Y.B.* 3,3 (1988).

11 Henry J. Steiner, "Political Participation as a Human Right", 1 *Harv. Hum. Rts. Y.B.*77, 79 (1988).

12 Kurt Mills, "Reconstructiong Sovereignty: A Human Rights Perspective", 15 *Neth. Hum. Rts. Q.* 276 (1997). Voir aussi Henry J. Steiner et Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals* 117-185 (1996).

pouvoirs de l'État. Depuis les dernières décennies, les forces de la mondialisation et l'influence sans précédent du capitalisme mondial dans les choix politiques et économiques des États ont énormément érodé l'autorité de l'État souverain. Mais les concepts et valeurs implicites des droits humains ont ajouté une dimension entièrement nouvelle à l'interprétation du concept de souveraineté nationale.

Alors qu'autrefois, l'État ou le monarque qui le représentait était le souverain absolu, c'est maintenant le peuple qui est investi, par les normes des droits humains, de cette souveraineté. Cette conception de la souveraineté, formulée dans la DUDH[13], le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)[14], est appelée souveraineté populaire. Elle est issue de la tradition libérale[15], du droit humanitaire[16], des normes internationales de travail[17] et des régimes juridiques relatifs à la protection des minorités[18]. Cette souveraineté prend sa source dans le peuple et non dans l'État. Bien que des États puissants aient parfois invoqué ce principe pour justifier le recours à la force contre des États moins puissants, entraînant ainsi de nouvelles formes de violations des droits humains, le fait que le droit relatif aux droits humains ait pu circonscrire et restreindre la portée de la souveraineté, la construction la plus fondamentale du droit international, atteste de la place centrale qu'il occupe dans les relations internationales.

Les droits humains en tant que droit coutumier international

Constitutionnellement, les droits humains se fondent sur la Charte des Nations Unies. Les instruments et organes de l'ONU relatifs aux droits humains sont créés conformément à la Charte. Celle-ci charge en particulier l'ONU de promouvoir toute la gamme des droits humains. Elle l'invite à favoriser « le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social[19] », ainsi que « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion[20] ». Pour montrer à quel point elle prend les droits humains au sérieux, l'ONU a demandé au Conseil économique et social d'instituer des commissions[21] et notamment des commissions vouées au « progrès des droits de l'homme »[22]. En vertu de la Charte, les États membres s'engagent en outre à « agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation[23] », dans le but de promouvoir les droits humains.

Mais la Charte de l'ONU ne tranche pas la question de la hiérarchie du droit ; autrement dit, elle n'indique pas si les droits humains ont la primauté sur les autres domaines du droit international. Les membres des Nations Unies y réaffirment cependant, en préambule, leur « foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites[24] ». La promotion et la protection des droits humains constituent donc une des « fins » et l'un des buts ayant présidé à la création de l'Organisation des Nations Unies. La Charte des Nations Unies stipule que l'un des « buts » de l'Organisation est de « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion[25] ». Mais même si le terme « droits de l'homme » apparaît

13 On peut lire dans la Déclaration universelle que « la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ». Article 21(3), DUDH, *supra* note 1.

14 Tant le PIDCP que le PIDESC appuient le concept de souveraineté populaire par leur disposition sur l'autodétermination, article premier commun, que l'on peut interpréter comme reconnaissant aux citoyens leur droit à l'autodétermination « interne », à savoir le droit à un État démocratique fondé sur la volonté librement exprimée des citoyens. Article premier, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. résolution 2200 (XXI), 21e session, Supp. N° 16, at 52, U.N. Doc A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976). Article premier, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A.G. rés. 2200A (XXI), 21e session, Supp. N°16, at 49, U.N. Doc. A/6316 91966), 993 U.N.T.S. (entré en vigueur le 3 janvier 1976).

15 Voir en général John Locke, *Les Traités du gouvernement civil.*

16 E.C. Stowell, *Intervention in International Law* (1921).

17 C.W. Jenks, *International Labour Standards* (1960).

18 Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-determination* (1990).

19 Charte des Nations Unies, article 55(a).

20 *Id.* article 55(c).

21 *Id.*, article 68.

22 *Id.*

23 *Id.*, article 56

24 *Id.*, préambule.

25 *Id.*, article 1(3).

de manière sporadique, et même laconique dans le texte de la Charte, personne ne peut contester qu'il figure dans des dispositions absolument essentielles, ce qui atteste le rôle central donné aux droits humains dans le système des Nations Unies[26].

En droit international, le statut d'une règle est déterminé par sa source. Il existe quatre sources reconnues de droit international ; les conventions ou accords internationaux, la coutume, les principes généraux de droit reconnus par les grands systèmes juridiques et, enfin, la jurisprudence et la doctrine des spécialistes les plus qualifiés[27]. Ce sont les deux premières que nous retiendrons aux fins de cette analyse, à savoir le droit coutumier international et le droit des traités. Le statut des droits humains dans le droit international est donc déterminé par la source du droit international dont ils relèvent. Les normes des droits humains n'ont pas toutes le même statut au sein du droit international. Si on peut en localiser certaines dans le droit coutumier international, la plupart sont codifiées dans les traités relatifs aux droits humains.

Contrairement au droit des traités, fondé sur le consentement des États, le droit coutumier international lie tous les États. La coutume internationale est la « preuve d'une pratique générale, acceptée [par les États] comme étant le droit »[28]. Elle lie donc tous les États sans exception, qu'ils soient d'accord ou non. En revanche, le droit international des traités ne lie que les États qui ont donné leur consentement exprès au traité ou à l'accord en question. Pour les droits humains, il s'agit d'une distinction cruciale, parce que le fait qu'une norme relève de telle ou telle source va modifier son statut dans le droit international et peut déterminer s'il s'agit d'une obligation automatiquement contraignante ou d'un engagement volontaire. Le droit coutumier international, contrairement au droit des traités, doit être observé par les États, qu'ils le souhaitent ou non. La plupart des conflits entre les normes des droits humains et les règles du droit commercial international peuvent être réglés par une interprétation ou une réinterprétation novatrice des règles du commerce qui a pour but d'harmoniser ces dernières avec les obligations incombant aux États en matière de droits humains.

La portée et le contenu du droit coutumier international des droits humains, comme du droit coutumier en général, sont en perpétuelle évolution. La liste des droits humains qui jouissent déjà d'un statut coutumier généralement accepté peut encore s'allonger. Mais il est clair qu'en vertu du droit international existant, un État « viole le droit international si, dans le cadre des politiques gouvernementales, il pratique, encourage ou tolère[29] les actes suivants : le génocide, l'esclavage ou la traite d'esclaves ; le meurtre ou la disparition d'individus ; la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la détention arbitraire prolongée ; la discrimination raciale systématique comme les politiques d'apartheid ; et la perpétration systématique de violations flagrantes des droits humains internationalement reconnus[30] ». La dernière catégorie, à savoir les violations systématiques des droits humains internationalement reconnus, a une portée très large et concerne les droits fondamentaux protégés par tous les grands traités universels relatifs aux droits humains[31]. Ces violations contreviennent au droit coutumier international quand la répétition de violations graves s'inscrit dans la politique d'un gouvernement[32].

Il existe deux concepts essentiels qui permettent de comprendre le statut des droits humains en droit international : il s'agit du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*. Les règles de *jus cogens*, ou « normes impératives du droit international général » désignent une catégorie d'obligations internationales auxquelles on ne peut déroger, quelles que soient les circonstances et même en situation de crise. La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités définit une règle de *jus cogens* comme une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère[33] ». Les règles de *jus cogens* ont donc préséance sur toutes les

---

26 Le terme « droits de l'homme » apparaît dans les dispositions majeures que sont le ¶ 2 du préambule, l'article 1(3), l'article 13(1)(b), les articles 55 et 56, l'article 62(2), et l'article 68. Charte des Nations Unies, *id.*

27 Voir l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Voir aussi *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, ¶ 102 (1986).

28 Id.

29 Restatement, supra note 28, ¶ 702.

30 *Id.*

31 *Id.*

32 *Id.*

33 Convention de Vienne sur le droit des traités, article 53, ouverte à la signature des États le 23 mai 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27.

autres règles du droit international, et figurent au sommet de la hiérarchie du droit des nations.

La Convention de Vienne prévoit la survenance de nouvelles règles de *jus cogens*, ce qui souligne le caractère évolutif de ce concept et le fait que le fond et la nature de ces règles changent en fonction du progrès et de l'évolution du droit et de la moralité internationaux[34]. Même s'il n'existe pas de liste en tant que telle des règles qui constituent le *jus cogens*, les interdictions relatives à la traite d'esclaves ou à l'esclavage, au génocide, à la piraterie et aux violations des droits humains sont considérées comme des normes impératives du droit international ou *jus cogens*. En outre, ces pratiques donnent lieu à des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire que tous les États ont un intérêt à les prohiber. La Cour internationale de justice a insisté sur ce point dans l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* [35] :

Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes. *[...] Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général [...] ; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.*

D'éminents juristes et instituts de droit internationaux confèrent à bon nombre des droits humains internationalement reconnus un caractère de droit coutumier et certains leur attribuent même le statut de normes impératives ou *jus cogens*[36]. L'idée voulant que les droits humains soient des obligations *erga omnes* gagne de plus en plus de terrain. L'Institut de droit international, entre autres, a adopté l'une des positions les plus vigoureuses sur cette question. Voici ce qu'il écrivait en 1989 :

Dans la mesure où des normes de jus cogens *international prescrivent aux États d'assurer la reconnaissance et la jouissance des droits de l'homme à toute personne relevant de leur juridiction, l'appartenance de ces normes à la catégorie de celles qui créent des liens juridiques entre tous les États membres de la communauté internationale – on peut même dire, avec la communauté internationale dans son ensemble – a pour conséquence que chaque État est tenu envers chacun des autres États au respect desdits droits* [37].

De plus en plus, le droit international traite les droits humains fondamentaux comme faisant partie du droit coutumier international. La DUDH elle-même, « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations[38] », est aujourd'hui considérée comme possédant un caractère normatif et obligatoire qui confère du moins à certaines de ses dispositions le statut de droit coutumier international[39]. Même si ce n'est pas un traité et qu'elle n'a pas force exécutoire, la DUDH est si largement acceptée et vénérée par les gouvernements qu'ils l'invoquent, y font référence et s'en inspirent pour rédiger leurs lois constitutionnelles ou autres ainsi que pour formuler leurs politiques internes et extérieures. Son acceptation par les États est si totale et si universelle qu'on peut affirmer aujourd'hui qu'elle correspond au critère d'une *opinio juris sive necessitatis*, c'est-à-dire une pratique que les États observent parce qu'ils s'y sentent légalement obligés. Pour Mary Ann Glendon, la DUDH « montre déjà par certains indices qu'elle a accédé au statut de texte sacré[40] ».

Le droit relatif aux droits humains a, pour une bonne part, acquis ce caractère obligatoire en droit international. L'acceptation de principe des droits humains par les États de toutes les orientations politiques et le fait qu'ils l'invoquent à l'échelle internationale et sur le plan interne, sans compter l'engagement pris par

---

34 *Id.*, article 64.

35 *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle Requête : 1962) (Belgique c. Espagne), [1970] C.I.J. Rep. 4, at ¶ 33-4.

36 Voir, par exemple, *Oppenheim's International Law* 4 (Robert Jennings & Arthur Watts, eds, 1992).

37 « La sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États », Rapport provisoire, *Institut de droit international. Annuaire*, p. 329 (1989).

38 Déclaration universelle des droits de l'homme, préambule, *supra* note 1.

39 Voir Thomas Buergenthal, *International Human Rights* 29-38 (1995).

40 Mary Ann Glendon, "Knowing the Universal Declaration of Human Rights", 73 *Notre Dame L. Rev.* 1153 (1998).

pratiquement tous les États, individuellement et collectivement, de promouvoir et protéger les droits humains par l'entremise des Nations Unies et des dispositifs régionaux de protection des droits humains en Afrique, dans les Amériques et en Europe, ont pu donner l'impression que les États honoraient leurs obligations en matière de droits humains dans un sens qui dépasse la simple observance du droit des traités.

L'article XX du GATT et le règlement des différends à l'OMC

Pour comprendre les conflits et les tensions qui existent entre le régime du droit commercial et celui des droits humains, il est indispensable d'examiner les rapports entre l'OMC et d'autres régimes juridiques internationaux. Sur le plan institutionnel, le GATT s'est développé en vase clos, ce qui explique son approche exlusivement orientée sur la libéralisation des échanges commerciaux. Mais on trouve aussi dans le texte de l'Accord du GATT une reconnaissance de valeurs non commerciales qui relèvent de l'intérêt public et qui sont censées prévaloir en cas de conflit avec les règles de libre commerce énoncées dans l'accord. L'article XX du GATT prévoit en effet que « rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures », entre autres, « nécessaires à la protection de la moralité publique », « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes ou des animaux ou à la préservation des végétaux », « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales », « essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale » et « se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons »[41].

Il faut rappeler que le droit relatif aux droits humains internationaux n'en était qu'à ses balbutiements à l'époque où furent négociées les dispositions de l'article XX du GATT. Mais cela n'a pas empêché les rédacteurs de l'Accord d'y intégrer toute une série de balises d'ordre humain généralement jugées fondamentales ou associées à des valeurs humaines essentielles. Malheureusement, l'isolement institutionnel du GATT a eu un effet négatif sur l'interprétation de l'article XX dans le règlement des affaires *Thai Cigarette* [42] et *Tuna Dolphin* [43], qui sont certainement les opinions juridiques les plus marquantes avant la création de l'OMC. Les comités qui ont siégé dans ces affaires ont interprété l'article XX dans un sens si restrictif qu'ils l'ont presque biffé de l'Accord, ou encore marginalisé. Fait alarmant, s'est alors développée l'école selon laquelle l'adoption de mesures aux termes de l'article XX ne se justifie que lorsqu'il est impossible d'*imaginer* une autre option moins restrictive pour le commerce qui permette d'atteindre les objectifs en question. Vu que les économistes néo-libéraux peuvent presque toujours trouver des moyens d'action autres que des restrictions commerciales susceptibles, *hypothétiquement*, et quels qu'en soient les coûts mondiaux réels, de permettre l'atteinte d'un objectif donné, cette interprétation équivaut à rendre l'article XX largement superflu. Dans l'esprit des artisans du projet original, toutefois, l'article XX devait être une composante fondamentale de l'Accord.

La création de l'OMC fournit à la communauté mondiale l'occasion de redonner à l'article XX du GATT la place qu'il mérite. Il faut pour cela réinterpréter cette disposition à la lumière des normes du droit international relatif aux droits humains. C'est aujourd'hui un fait bien établi au sein de l'OMC que contrairement à l'isolement et l'autonomie qui caractérisaient le fonctionnement du GATT, les règles et les institutions de l'OMC opèrent dans le cadre plus large et en constante évolution du droit international. L'élaboration du droit de l'OMC par ses organes de règlement des différends doit donc correspondre aux règles d'interprétation établies dans la Convention de Vienne sur le droit des traités[44], ce qui implique que l'on tienne compte de « toute règle de droit international » applicable dans le cas en litige[45].

C'est l'affaire des *Tortues marines* [46] qui illustre le plus clairement l'approche de l'OMC en matière d'inter-

---

41 Voir GATT, article XX, supra note 1.

42 *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, Report of the Panel (1990) 37 BISD 200. http:/www.wto.org

43 *United States-Restrictions on Imports of Tuna* (1991) 30 I.L.M. 1594 ; *United States-Restrictions on Imports of Tuna*, (1994) 33 I.L.M. 936. http:/www.earthjustice.org.

44 Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 34. L'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends stipule que le système de règlement des différends de l'OMC « a pour objet [...] de clarifier les dispositions existantes de ces accords [de l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». Dans deux des premières affaires entendues par l'Organe d'appel de l'OMC, ce dernier avait statué que l'article 31 de la Convention de Vienne, examiné plus loin, constituait des « règles coutumières d'interprétation du droit international public ». *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8, 10-11/AB/R (4 octobre 1996), AB-1996-2 ; *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R (20 mai 1996).

45 Convention de Vienne sur le droit des traités, article 31(3)(c).

46 *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R (12 Octobre 1998).

prétation du droit. Dans cette cause, l'Organe d'appel de l'OMC s'est penché sur le sens à donner à l'expression « ressources naturelles épuisables » dans le cas d'un différend commercial à dimension environnementale. Il a adopté une interprétation qui fait entrer les espèces en péril dans la catégorie des ressources épuisables au sens d'une disposition du GATT qui autorise les parties contractantes à prendre des mesures commerciales non conformes aux obligations du GATT si l'adoption desdites mesures se rapporte à la conservation de telles ressources. L'Organe d'appel a rappelé que le droit international de l'environnement avait évolué depuis la négociation du texte original du GATT. Il a conclu que le droit international de l'environnement constituait une balise appropriée pour définir ce que sont les ressources naturelles épuisables.

Le préambule de l'Accord instituant l'OMC fixe un certain nombre d'objectifs au système de l'OMC que l'on pourrait associer à certaines obligations en matière de droits humains, en particulier les normes de travail et certains droits sociaux et économiques. L'article XX(a) de l'Accord original du GATT autorise les membres à prendre, dans le but de protéger la moralité publique, des mesures qui seraient autrement incompatibles avec les dispositions de l'Accord. D'aucuns diront que si des restrictions commerciales peuvent effectivement constituer un mécanisme nécessaire pour enrayer de graves violations des droits humains, il existe la possibilité d'invoquer l'exception prévue à l'article XX(a) se rapportant à la protection de la moralité publique. Mais cette disposition n'a jamais été interprétée par les organes de règlement des différends. Il reste à savoir jusqu'à quel point ces mesures devraient être strictement justifiées, vu l'emploi du terme « nécessaire » dans cette disposition. Cependant, un doute subsiste à savoir que certains États pourraient abuser de ce genre de restrictions à des fins protectionnistes.

Par le passé, le GATT a généralement donné au terme « nécessaire » figurant dans d'autres dispositions de l'article XX un sens très étroit. Toutefois, à cause de la nouvelle approche adoptée par l'Organe d'appel de l'OMC, la nécessité des mesures prises devrait être évaluée à la lumière des règles applicables du droit international, y compris en vérifiant si on a déjà envisagé des mesures commerciales en vertu d'autres accords internationaux face à une situation de violations des droits humains. Il faudrait aussi voir si la situation en question a été jugée urgente du point de vue du droit international des droits humains ou reconnue telle par les institutions internationales chargées de la protection des droits humains. L'article XX(b) du GATT autorise l'adoption de mesures commerciales qui seraient autrement incompatibles avec l'Accord quand elles sont nécessaires à la protection, entre autres choses, de la santé et de la vie des personnes.

Le préambule de l'Accord de l'OMC et les droits humains dans le droit de l'OMC

À plusieurs occasions, l'Organe d'appel de l'OMC a souligné que l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui établit les règles fondamentales d'interprétation des traités, constituait un point de référence fondamental pour le règlement des différends au sein de l'OMC. Aux termes de cet article, un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Le texte même du traité, « préambule et annexes inclus », est ici un « contexte » important[47]. Le préambule constitue donc une source importante de « contexte » pour l'interprétation de n'importe quelle disposition d'un traité. Il a autant d'importance que n'importe quel article du traité quand il s'agit de régler un différend. Le préambule de l'Accord de l'OMC a toutefois un statut spécial. L'Accord de Marrakech constitue l'entente cadre de tout le système de l'OMC, et son préambule est l'énoncé le plus complet des objectifs ou des buts de ce système. Il est donc déterminant non seulement en ce qui regarde le contexte, mais aussi l'objet et les buts au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne.

C'est ce qui explique pourquoi l'Organe d'appel s'est grandement appuyé sur le préambule de l'Accord de Marrakech dans l'affaire des *Tortues marines*. Dans cette cause, les États-Unis cherchaient à justifier des restrictions commerciales en invoquant des motifs d'ordre environnemental, en particulier aux fins de protéger les tortues marines, catégorisées comme une espèce menacée d'extinction. L'Organe d'appel a statué que l'article XX du GATT devait être interprété à la lumière du préambule de l'Accord de Marrakech, et en particulier en tenant compte de l'engagement en faveur du développement durable en tant qu'objectif du système commercial multilatéral. Il convient d'interpréter l'expression « ressources naturelles épuisables » figurant dans l'article XX(g) du GATT, a statué l'Organe d'appel, à la lumière de l'évolution des normes et des règles du droit international de l'environnement.

47 Convention de Vienne sur le droit des traités, article 31, *supra* note 45.

Il faut souligner, cependant, que le préambule ne mentionne pas explicitement les droits humains, bien qu'il parle de « relèvement des niveaux de vie » et de la nécessité d'un « développement durable ». Ces principes doivent être interprétés comme ayant préséance sur le libre commerce. Voici ce qu'écrivait récemment le philosophe Amartya Sen, Prix Nobel d'économie, à ce propos :

Le développement nécessite l'élimination des principaux facteurs qui génèrent l'absence de liberté ; la pauvreté aussi bien que la tyrannie, le manque de perspectives économiques aussi bien que la privation systématique de bien-être social, l'abandon des services publics aussi bien que l'intolérance ou l'hyperactivité des États répressifs. Malgré une augmentation sans précédent de la richesse, le monde actuel prive de leurs libertés fondamentales un très grand nombre d'êtres humains – peut-être la majorité. [...] Les libertés ne sont pas seulement la principale fin du développement, elles font aussi partie des principaux moyens d'y parvenir. Nous devons, en plus de reconnaître leur valeur en tant qu'étalon de mesure [pour évaluer l'état d'une société], comprendre les relations empiriques qu'entretiennent les différentes catégories de libertés. Les libertés politiques (liberté d'expression, participation aux élections) contribuent à la stabilité économique. Les possibilités offertes au niveau social (instruction, services sociaux) favorisent la participation économique. Les mesures économiques (possibilité de participer au commerce et à la production) peuvent contribuer à hausser le niveau de vie de chacun tout en apportant à l'État les ressources lui permettant de financer les programmes sociaux. Les différentes catégories de libertés se renforcent les unes les autres[48].

Les droits humains et le GATT

Les parties contractantes à l'OMC souscrivent à un ensemble d'obligations destinées à assurer un traitement non discriminatoire des produits sur leurs marchés respectifs. Dans la mesure où certaines dérogations sont permises, on a prévu des dispositions claires pour encadrer les mesures jugées acceptables. Outre les clauses concernant le traitement de la nation la plus favorisée[49] et le traitement national en matière d'imposition et de réglementation intérieure[50], les États se voient interdire d'imposer des restrictions autres que celles autorisées par le GATT[51] sur les importations et les exportations. Toutefois, le texte du GATT ne mentionne pas explicitement les droits humains à titre de motifs autorisant l'exclusion de certains produits. Par contre, il prévoit certaines dispositions qui permettent aux États de protéger et de promouvoir les droits humains par l'entremise du commerce en permettant certaines mesures contre les États qui violent les droits humains. La disposition clé, à ce chapitre, est l'article XX qui énonce toute une série d'exceptions en vertu desquelles un membre de l'OMC peut promouvoir et protéger les droits humains sans contrevenir aux dispositions du GATT[52]. Aux termes de cet article, ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ainsi que les mesures se rapportant aux produits fabriqués par des détenus[53].

L'article 103 de la Charte des Nations Unies joue un rôle clé dans l'interprétation des obligations internationales des États membres. Il stipule qu'« en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Il est clair, ici, qu'aucun traité – et même un traité d'application universelle – n'a préséance sur la Charte advenant un conflit. L'objet même du traité importe peu. On a pu voir, par exemple, la Cour internationale de justice (CIJ) statuer, dans l'affaire de *L'incident aérien de Lockerbie*[54], que les États membres sont tenus, en vertu de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité avant toute autre obligation internationale relevant d'un traité. Dans cette affaire, la CIJ a jugé que le Conseil de sécurité pouvait exiger de la Libye qu'elle livre les suspects de l'attentat, même si la Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile autorisait la Libye à choisir de juger elle-même les suspects plutôt que de les extrader.

48 Amartya Sen, *Development as Freedom*, 3-4, 10-11 (New York : Knopf, 1999).

49 GATT, article I, *supra* note 1.

50 *Id.*, article III.

51 Les prohibitions et restrictions permises sont les droits de douane, taxes ou autres impositions, l'application de quotas, de licences d'importation ou d'exportation ou autres. *Id.*, article XI (1).

52 *Id.*, article XX.

53 *Id.*

54 (1992), CIJ Rep. 3, 15, ¶ 39.

L'intérêt de l'article 103 réside dans l'expression « les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte ». Comme on l'a déjà dit, les références aux droits humains dans la Charte sont rares et éparses, mais d'un grand poids. Si on les interprète dans un sens large, elles impliquent pour les États membres des obligations en matière de promotion et de protection des droits humains. Mais la Charte ne précise pas quels sont ces droits, laissant ce soin à la DUDH et aux traités spécifiquement consacrés aux droits humains. Il semble donc qu'en cas de conflit entre une obligation en matière de droits humains – et en particulier une obligation universellement reconnue – et un engagement relevant du droit international des traités, la première doit prévaloir ou le second doit être interprété comme compatible avec la première. Le GATT et d'autres ententes de l'OMC font donc clairement partie des obligations souscrites par traité qui n'ont pas préséance sur les droits humains ou doivent être interprétées dans un sens favorable aux droits humains. Les normes des droit humains devraient toujours être prises en compte lorsqu'on interprète les obligations associées au commerce et à l'investissement international.

L'exclusion et la transparence au sein de l'OMC

Le secret et l'exclusion caractérisent la négociation d'accords commerciaux et le fonctionnement des institutions multilatérales. Les organismes non gouvernementaux et les organismes intergouvernementaux qui s'occupent des droits humains ont traditionnellement été exclus de ces instances. Rappelons deux cas récents qui illustrent éloquemment l'absence de participants de « l'extérieur ». Le cycle de négociations dit de l'Uruguay, tout d'abord, qui a abouti aux accords du GATT et d'autres accords de l'OMC de 1994, a été exclusivement réservé au petit nombre d'États industrialisés, du Nord pour la plupart, qui contrôlent l'économie mondiale. La plupart des pays du Tiers-Monde, où vivent les trois quarts de la population mondiale, n'ont pas eu voix au chapitre. Deuxièmement, les négociations entourant l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) ont été pilotées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans le plus grand secret.

L'opacité et l'exclusion caractérisent bon nombre des travaux des divers organes de l'OMC. Ce qui est particulièrement troublant, c'est que les comités d'experts de l'ONU en matière de droits humains, comme la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, qui s'est pourtant penchée sur les rapports entre commerce et droits humains, n'ont pas été invités à participer aux activités de l'OMC. La participation des ONG et des organisations intergouvernementales aux délibérations de l'OMC est pourtant prévue dans les textes. L'article XXIII(2) du GATT autorise l'OMC à permettre la participation d'organisations intergouvernementales[55], et l'article V(2) de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce autorise la consultation d'ONG[56]. C'est cette culture du secret, profondément ancrée, et non l'absence de textes faisant autorité, qui a empêché les groupes de l'« extérieur » de participer aux activités de l'OMC. Bon nombre de ces organismes pourraient pourtant apporter des informations et des avis fort précieux face aux problèmes complexes que soulève la mondialisation[57].

La façon dont sont interprétées les dispositions de l'accord de l'OMC est déterminante en ce qui regarde l'impact du système commercial multilatéral sur les droits humains. La plupart des systèmes juridiques nationaux, et un nombre croissant d'organismes d'arbitrage supranationaux, autorisent que les procédures soient publiques. Il est regrettable qu'au sein de l'OMC, les plaidoiries orales et écrites demeurent confidentielles, à moins que les États parties au litige consentent à les rendre publiques. Ce secret empêche les ONG, y compris celles qui s'occupent de questions relatives aux droits humains, de participer au processus de règlement des différends. Un tel secret est de toute évidence incompatible avec les règles de transparence que l'OMC elle-même exige dans les procédures juridiques internes relatives aux questions commerciales.

Signe encourageant, toutefois, l'Organe d'appel a dernièrement estimé, dans l'affaire des *Tortues marines*, que les règles de l'OMC autorisaient la présentation de mémoires de l'*amicus curiæ* ou d'interventions dans les affaires entendues par l'OMC. Même s'il n'existe aucune disposition explicite à cet effet, on autorise désormais la présentation de tels mémoires

---

55 Article XXIII (2) du GATT, *supra* note 1 : « Les parties contractantes pourront, lorsqu'elles le jugeront nécessaire, consulter des parties contractantes, le Conseil économique et social des Nations Unies et toute autre organisation intergouvernementale compétente. »

56 L'article V(2) de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, quant à lui, autorise le Conseil général [de l'OMC] à « conclure des arrangements appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite ».

57 On trouvera des renseignements précis sur la participation des citoyens au système commercial international dans *Accreditation Schemes and Other Arrangements for Public Participation in International Fora*, Centre international pour le commerce et le développement durable, 1999.

devant les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Il revient maintenant au secrétariat des affaires juridiques de l'OMC et à celui de l'Organe d'appel de définir des procédures de travail pour que les communications et interventions puissent être présentées dans les formes et les délais voulus. Mais il faudra exercer des pressions en ce sens, car ces organes ne semblent guère disposés à intégrer ces modifications dans leur fonctionnement.

Il y a un certain nombre de questions à régler si l'on veut que cet élément nouveau ait un effet concret. Il faudrait instituer un mécanisme de gestion des dossiers pour informer les intervenants que leur mémoire sera examiné dans les délais voulus par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Il faudrait également faire en sorte que l'inégalité des ressources ne compromette pas la qualité et l'efficacité des interventions adressées à l'OMC par des pays en voie de développement. Dans le cadre de l'élargissement de l'assistance juridique offerte aux gouvernements de pays en voie de développement, il faudrait que les ONG de ces États bénéficient elles aussi d'une aide de cette nature pour la préparation de leur propres mémoires. Les organisations internationales qui s'occupent de questions relatives aux droits humains, comme l'Organisation internationale du travail (OIT), la Commission des droits de l'homme de l'ONU et l'Organisation mondiale de la santé, doivent elles aussi comprendre qu'elles peuvent utiliser à profit cette possibilité d'intervenir dans les procédures de l'OMC quand les droits humains sont en jeu, et acquérir l'expertise nécessaire pour le faire.

Ces mémoires et interventions, comme l'ensemble des plaidoiries, devraient être accessibles à toutes les personnes concernées et faire partie du domaine public. Le procès-verbal au complet, y compris les présentations et interventions, devrait être affiché sur le site Web de l'OMC. Enfin, les groupes spéciaux et l'organe d'appel devraient être tenus d'évaluer l'admissibilité des interventions aux fins d'examen. La pratique courante, dans les tribunaux nationaux et internationaux, est de laisser ce choix à la discrétion de la cour. Mais un groupe spécial de l'OMC a le devoir de procéder à une évaluation objective des faits. Il faut entendre par là que l'évaluation de l'admissibilité des mémoires aux fins d'examen doit être fondée sur des critères objectifs. Le groupe spécial devrait donc évaluer la pertinence de l'intervention par rapport à la question en litige, et le faire sans préjugé ou parti pris.

Les normes de travail

La protection des droits des travailleurs s'est heurtée à de vives résistances au sein de l'OMC, notamment de la part des pays en voie de développement. Ceux-ci craignent à juste titre que les pays développés utilisent la question des salaires comme prétexte pour adopter des mesures protectionnistes à leur endroit. Mais il faut aussi noter que certains pays en voie de développement se sont cyniquement servi de cet argument pour perpétuer et tolérer le travail servile et les pires formes d'exploitation de la main-d'œuvre enfantine. Ce discours manipulateur abuse en effet des arguments commerciaux pour justifier le non-respect des normes des droits humains.

L'OIT a promulgué 177 conventions sur les normes de travail. Ces conventions, ainsi que d'autres documents connexes, portent sur toute une série de droits élémentaires, depuis la liberté d'association jusqu'aux normes précises à respecter dans certaines industries. L'OIT a toutefois fait l'objet de critiques. On lui a reproché de trop se disperser sur une multitude de questions et de ne pas polariser ses efforts sur les droits les plus essentiels des travailleurs dans la nouvelle économie mondialisée. En outre, l'OIT est dépourvue de mécanismes officiels et efficaces pour régler les différends et faire appliquer ses décisions. Ne participent à son instance décisionnelle tripartite que des représentants nationaux des milieux d'affaires, des organisations syndicales et du gouvernement. Les ONG et la société civile transnationale en sont souvent exclues.

La situation de l'économie mondiale soulève des questions autant sur la représentation des intérêts des travailleurs par les organisations syndicales nationales que sur celle des intérêts des entreprises par les associations patronales nationales. La représentation des intérêts des travailleurs devient une question particulièrement complexe quand les autorités gouvernementales de certains pays autorisent certaines organisations syndicales et en répriment d'autres. Dans une déclaration adoptée par ses membres, l'OIT a récemment défini un minimum de droits fondamentaux pour les travailleurs. Il s'agit de « la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession[58] ».

58 Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, article 2, adoptée par la Conférence internationale du travail lors de sa 86e session, Genève, 1998.

L'application de normes de travail peu sévères serait, à en croire certains, une stratégie indispensable au développement économique des pays pauvres. Or, une étude approfondie de l'OCDE montre au contraire que le respect de normes de travail fondamentales similaires à celles qu'énonce l'OIT dans sa Déclaration a pour effet de favoriser, et non d'entraver, les politiques de croissance économique orientées sur l'échange international dans les pays en voie de développement[59]. La conclusion la plus claire et la plus solide à laquelle en arrivent les auteurs de cette étude, c'est que l'introduction de réformes commerciales soutenues et l'amélioration de la liberté d'association et du droit de négociation collective ont un effet réciproque et se renforcent mutuellement[60]. Il est vrai que la définition et l'interprétation des droits relatifs à la liberté d'association constituent un exercice complexe qui doit tenir compte du contexte. Cela ne signifie pas, toutefois, que ces droits soient trop vagues ou trop flous pour être effectivement appliqués internationalement. Il est bon de rappeler que bon nombre des obligations majeures figurant dans les accords de l'OMC sont, elles aussi, formulées en termes très généraux. Le règlement de différends où étaient invoquées les clauses non-discriminatoires des articles I et III du GATT a toujours donné lieu à des exercices d'interprétation où on tenait grand compte du contexte.

Les ministres des pays membres de l'OMC ont décidé, aux termes de la Déclaration ministérielle de Singapour adoptée en 1996, de renouveler leur « engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues[61] ». Ils ont en outre déclaré que l'OIT était « l'organe compétent pour établir ces normes et pour s'en occuper[62] » et rejeté « l'usage des normes de travail à des fins protectionnistes[63] ». Mais cela ne nous dit pas ce que devra faire l'OMC si un pays développé envisage d'appliquer des sanctions commerciales non pas à des fins protectionnistes, mais en réaction au non-respect par un pays en développement des droits fondamentaux des travailleurs.

Les États-Unis et l'Union européenne ont prévu, dans leur législation interne, des dispositions permettant la suspension ou la modification d'accords commerciaux préférentiels avec des pays en développement pour divers motifs. Ces traitements préférentiels sont accordés volontairement, et non en vertu d'une obligation imposée par l'OMC. Ces États pourraient donc assujettir ces traitements préférentiels particuliers à la performance du partenaire en matière de normes de travail sans contrevenir aux règles de l'OMC. Il y aurait problème, en revanche, si un membre de l'OMC cherchait à assujettir l'accès à son marché exigé par l'OMC au respect de normes de travail par un pays exportateur donné.

Le GATT lui-même n'instaure pas un droit général de libre accès aux importations. L'obligation fondamentale des membres, assujettie aux règles additionnelles des codes relatifs à la sécurité alimentaire et aux obstacles techniques au commerce, est d'accorder aux produits importés un traitement aussi favorable que celui dont bénéficient les produits d'origine nationale. Il semble juste de présumer qu'un pays qui a interdit le travail forcé sur son territoire, par exemple, pourrait tout autant bannir les produits importés fabriqués par de la main-d'œuvre asservie. Cela reviendrait à accorder le même traitement aux produits d'origine nationale et aux produits importés, en vertu du principe de non-utilisation de main-d'œuvre asservie. Exiger d'un pays qu'il accepte des produits importés fabriqués par de la main-d'œuvre asservie, sans égard à sa propre législation sur les produits fabriqués dans les mêmes conditions sur son territoire, équivaudrait en fait à exiger de lui qu'il accorde un traitement plus favorable aux produits importés. Le droit du GATT n'implique aucune exigence de ce genre et on imagine difficilement qu'un grand nombre d'États puisse y consentir.

Dans les affaires du *thon et des dauphins*, qui portaient sur les rapports entre commerce et environnement, deux décisions du GATT (qui n'ont d'ailleurs pas été adoptées) laissaient entendre que l'égalité de traitement, au sens de la clause du GATT sur le traitement national, ne s'appliquait qu'aux mesures basées sur les caratéristiques physiques d'un produit. Par conséquent, que les produits d'origine nationale soient ou non traités de la même façon, il y aurait en soi violation de la disposition du GATT sur les interdictions et les restrictions de produits importés dans le cas de mesures qui feraient une distinction entre les produits en fonction des conditions de leur fabrication. On peut contester que ces décisions aient un fondement juridique dans le texte de l'accord du GATT. En outre, elles ne sont pas compatibles avec d'autres règlements adoptés antérieurement par les membres de l'OMC. Elles s'écartent en particulier d'une décision où l'on

59 OCDE, *Le commerce, l'emploi et les normes de travail, une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international* (Paris, OCDE, 1996).
60 *Id.*, at 40.
61 Organisation mondiale du commerce, Conférence ministérielle de Singapour, Déclaration ministérielle de Singapour adoptée le 13 décembre 1996.
62 *Id.*
63 *Id.*

avait appliqué le principe de traitement national à un cas où il y avait eu distinction entre les produits selon que leur fabrication s'était faite en violation ou non des droits de propriété intellectuelle[64].

Les organes de règlement de différends de l'OMC doivent aussi déterminer si les mesures prises pour protéger la moralité publique, la vie humaine ou la santé sont nécessaires lorsqu'elles sont prises contre des produits provenant de pays qui violent les droits des travailleurs. Exercer une distinction sur des produits en fonction des politiques suivies par le gouvernement du pays d'origine est sans doute une violation de la clause de la nation la plus favorisée énoncée à l'article I de l'Accord du GATT. Cet article oblige les États membres à étendre « sans condition » les mêmes avantages et privilèges à tous les produits importés, quel que soit leur pays d'origine. Toutefois, l'article XX permet aux parties contractantes d'adopter des mesures qui autrement violeraient les dispositions du GATT lorsque l'intérêt public le justifie, et notamment lorsqu'elles sont nécessaires à la protection de la moralité publique ou la protection de la vie et de la santé de la personne[65].

Les normes fondamentales du travail reconnues par les membres de l'OMC en 1996 dans la Déclaration ministérielle de Singapour entrent dans la définition de la moralité publique. Certaines d'entre elles, comme l'interdiction de tout asservissement, sont des droits humains ayant le statut de règles de *jus cogens*. Or, la vie et la sécurité de la personne sont clairement en jeu dans les cas de travail forcé et, en particulier, dans les formes extrêmes d'exploitation de la main-d'œuvre enfantine. Les sanctions commerciales ne peuvent pas éliminer les facteurs complexes qui déterminent la performance des membres de l'OMC en matière de normes de travail. Il faudrait les considérer uniquement comme une stratégie de dernier recours. Il serait sans aucun doute bien plus efficace d'employer des mesures incitatives, sous forme de traitements préférentiels à l'endroit de pays en développement qui respectent les normes fondamentales de travail, pour encourager la réalisation progressive des droits des travailleurs. Les membres de l'OMC devraient plutôt fournir une assistance technique au besoin, et accorder les délais nécessaires pour la mise en œuvre de mesures correctrices aux pays qui ont manifesté leur volonté de protéger les droits de leurs travailleurs. L'OMC devrait désapprouver les mesures punitives qui ostracisent un certain type de régime politique au lieu de viser des pratiques gouvernementales abusives.

Les institutions de l'OMC, la transparence et la primauté du droit

La libéralisation des échanges, même dans son sens étroit de stratégie de croissance et de prospérité économiques, peut être soumise aux règles de la primauté du droit et encadrée par des instances administratives et judiciaires transparentes, impartiales et rationnelles, devant lesquelles les responsables gouvernementaux doivent répondre de leurs actes. Les politiques commerciales d'un gouvernement corrompu, opaque et arbitraire qui encourage le non-respect des lois et la corruption dans le secteur privé ont inévitablement pour effet de créer un marché dénaturé et très précaire. Dans ce genre de situation, peu importe si la réglementation de cet État contient des dispositions régissant les contrôles frontaliers ou la discrimination explicite. On trouve dans l'article X du GATT d'importantes dispositions sur la transparence, mais il est rare qu'elles aient été appliquées ou interprétées dans le règlement des différends.

Même si elle a depuis longtemps le mandat de traiter des questions de transparence, l'OMC ne possède aucune expertise institutionnelle dans ce domaine. Le fait qu'elle soit institutionnellement coupée des organismes de défense des droits humains, notamment, l'a rendue d'autant plus incapable d'aborder les questions de transparence et de procédures à respecter contenues dans certains accords de l'OMC. Il s'agit des accords concernant le dumping, les subventions, les marchés publics, les obstacles techniques au commerce et les mesures sanitaires et phytosanitaires. Comment peut-on logiquement attendre d'un État qui viole systématiquement les droits humains fondamentaux qu'il suive et applique fidèlement les procédures exigées par les accords de l'OMC ? Il est donc nécessaire de faire appel à l'expertise et aux évaluations des organismes internationaux chargés des droits humains afin d'améliorer la performance de l'OMC dans ces domaines.

Les marchés publics

L'octroi de contrats gouvernementaux peut obéir à des objectifs de promotion des droits humains. Dans bon nombre de pays, cette pratique a cours depuis longtemps, comme le souligne Christopher McCrudden, un éminent spécialiste de la question :

64 *United States Section 337 of the Tariff Act of 1930*, Jan. 16 1989, 36 BISD 345 (1989). Voir R. Howse et D. Regan, "The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining Unilateralism in Trade Policy", *Eur.J. Int'l L.* (à paraître).

65 Voir S. Charnovitz, "The Moral Exception in GATT", 38 *Va. J. Int'l L.* 689 (1998). Voir également R. Howse, "The World Trade Oranization and the Protection of Workers Rights", 3 *Journal of Small and Emerging Business Law* 131 (1998).

L'utilisation des marchés publics pour donner effet à de telles politiques ne date pas d'hier, notamment en ce qui a trait à la promotion de l'égalité raciale et de l'égalité des sexes [...] Le gouvernement canadien a introduit la pratique de l'octroi préférentiel de contrats fédéraux aux peuples autochtones. Le gouvernement sud-africain recourt actuellement à un système d'octrois « ciblés » dans le cadre de sa politique d'intégration sociale [...] L'une des premières conventions de l'Organisation internationale du travail (la 94e Convention) oblige les parties contractantes à arrimer le respect de certaines normes de travail à l'octroi des contrats gouvernementaux, et cet instrument a été largement ratifié. En outre, plusieurs pays européens ont adopté différentes politiques pour que l'objectif de l'égalité des sexes soit une des conditions rattachées à l'octroi de contrats gouvernementaux [66].

En vertu de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP), les gouvernements parties à l'accord sont tenus d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée et le principe de traitement national aux fournisseurs étrangers qui soumissionnent pour des contrats gouvernementaux. Il est également interdit aux États signataires d'imposer aux fournisseurs des conditions de qualification autres que celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le contrat[67]. Si, à première vue, la clause de la nation la plus favorisée empêche un État membre d'exclure un fournisseur soumissionnaire au motif que son gouvernement viole les droits humains, l'article VIII(b) de l'AMP pourrait en revanche permettre l'imposition de conditions de qualification basées sur la performance en matière de droits humains. Cependant, il faut, semble-t-il, que l'on fasse de ces qualifications une condition même du contrat. Autrement dit, elles doivent concerner les pratiques de l'entreprise concernée, et non pas celles du gouvernement de son pays d'origine.

Dernièrement, les différends entourant les marchés publics ont beaucoup retenu l'attention avec le litige entourant les politiques adoptées par l'État du Massachusetts dans ce domaine. En effet, la loi du Massachusetts réglementant les marchés passés avec l'État exige des fournisseurs qu'ils ne fassent aucun commerce avec le Myanmar (Birmanie). Les violations des normes de travail par l'État du Myanmar ont valu à celui-ci une condamnation approuvée par pratiquement tous les membres de l'OIT. Le Myanmar n'est pas partie à l'AMP, mais l'Union européenne estime que la loi du Massachusetts risque d'empêcher les compagnies européennes qui font du commerce avec le Myanmar de soumissionner pour des contrats au Massachusetts. L'UE a donc entamé des procédures contre les États-Unis devant l'OMC, procédures qui ont été suspendues quand la Cour d'appel des États-Unis a maintenu la décision d'un tribunal inférieur qui avait trouvé inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi du Massachusetts. Toutefois, la Cour Suprême des États-Unis a accepté d'entendre l'appel de la décision de la Cour d'appel. Si la Cour suprême renverse ce jugement, il est possible qu'une nouvelle action soit intentée à l'OMC contre la politique de l'État du Massachusetts.

Même si la loi du Massachusetts contrevient à certaines dispositions de l'AMP, elle pourrait encore se justifier en invoquant les exceptions prévues dans l'Accord et qui autorisent les mesures jugées nécessaires, entre autres, pour des raisons d'ordre public. Cette idée, fondée sur la notion d'*ordre public*[68] utilisée en droit privé international, renvoie au concept fondamental d'intérêt public, et ne doit pas s'entendre uniquement au sens de paix civile et de sécurité publique. Pour McCrudden, on doit interpréter cette notion d'ordre public de manière à y inclure la nouvelle politique internationale des droits humains[69].

L'AMP fera certainement l'objet d'une révision par les membres de l'OMC dans les prochaines années. En outre, les règles relatives aux marchés publics en ce qui regarde les services sont en cours de négociation. C'est donc l'occasion de mettre de l'avant l'idée selon laquelle l'imposition de conditions en matière de respect des droits humains pour l'octroi de contrats gouvernementaux ne contrevient pas au droit de l'OMC. Il est anormal et injustifiable que les règles de l'OMC forcent un pays à réserver un traitement plus favorable à des soumissionnaires étrangers au détriment des entreprises locales, en lui interdisant d'imposer aux premiers, en matière de respect des droits humains, des conditions qu'il impose systématiquement aux secondes.

Le mécanisme d'examen des politiques commerciales

L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce codifie une pratique en vigueur depuis longtemps au GATT, à savoir l'examen périodi-

66 Christopher McCrudden, "International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of 'Selective Purchasing' Laws Under the WTO Government Procurement Agreement", 3 *Journal of International Economic Law* 8 (1999).

67 Accord sur les marchés publics (OMC), article VIII.

68 En français dans le texte (NDLT).

69 *Supra* n. 66, at 41-42.

que des politiques commerciales des États membres[70]. Cet examen, effectué par le Secrétariat de l'OMC à partir des informations fournies par ces derniers, porte sur les politiques commerciales desdits États et sur leurs effets. Le rapport soumis par l'État et le rapport rédigé par le Secrétariat sont ensuite discutés lors d'une rencontre de l'OMC. « [L]e mécanisme d'examen permet d'apprécier et d'évaluer collectivement, d'une manière régulière, toute la gamme des politiques et pratiques des divers membres et leur incidence sur le fonctionnement du système commercial multilatéral »[71]. Malheureusement, ces politiques et pratiques ne sont pas évaluées en fonction de leurs effets sur la situation des droits humains ou du respect d'autres engagements internationaux. La démocratie, la primauté du droit, les droits humains et la protection des droits fondamentaux au travail sont généralement laissés de côté, quoiqu'on ait vu apparaître dernièrement certaines références à la « stabilité sociale ».

Il faudrait aussi revoir l'optique dans laquelle on procède à ces examens. À l'heure actuelle, la seule chose qui compte, c'est de savoir si les politiques et les pratiques de l'État membre soumis à l'examen favorisent ou non le libre commerce. Pourtant il est clair que ce ne sont pas les effets des politiques commerciales des membres sur le libre commerce que l'on devrait examiner, mais plutôt leur « incidence sur le système commercial multilatéral »[72]. Aux termes de l'Accord de Marrakech, les objectifs de ce système ne sont pas le libre-échange en soi mais, entre autres, « la réalisation du plein-emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective », ainsi que l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable »[73]. Les organisations internationales vouées à la promotion des droits humains, y compris l'OIT et les organismes de développement, devraient participer au mécanisme d'examen de l'OMC. Elles devraient être prêtes à intervenir chaque fois que les travaux ne tiennent pas suffisamment compte des objectifs sociaux du système commercial multilatéral.

Si on veut que le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) permette un examen satisfaisant de ces questions, il faut que le Secrétariat de l'OMC, chargé de la recherche et de la rédaction du rapport d'évaluation, dispose des compétences et de l'expertise requises. Or, on peut se demander si les personnes qui évaluent les rapports des États membres possèdent les qualifications nécessaires pour juger de questions relatives à la démocratie, à la primauté du droit et à la protection des normes de travail. Pour procéder à son évaluation, le MEPC peut se baser sur les « renseignements en sa possession » plutôt que de se fonder sur les seules informations fournies par l'État membre, ce qui autorise donc les renseignements fournis par des ONG ou des organisations internationales comme l'OIT. Il faudrait établir des lignes directrices pour encadrer la soumission, par des sources indépendantes, d'informations relatives aux effets des pratiques commerciales sur les droits humains.

Les droits de propriété intellectuelle dans les échanges commerciaux

Les droits de propriété intellectuelle sont les premiers « droits privés » à être protégés par le régime de l'OMC. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) a été accueilli avec de fortes réticences par bon nombre de pays en voie de développement. Ceux-ci craignaient qu'une protection stricte de la propriété intellectuelle ne nuise aux transferts de technologie ou à d'autres objectifs de nature sociale comme l'accessibilité à des médicaments essentiels à prix abordable.

On peut voir dans la propriété intellectuelle une forme de droit de monopole. Derrière le concept d'autonomie individuelle, on retrouve, implicite, l'idée de protéger le droit de quiconque d'obtenir une rémunération pour son travail de création. Dans cette optique, permettre que l'on s'approprie le travail des autres sans leur verser de rétribution est une incitation à l'exploitation. Par ailleurs, la nature et le montant de ce qu'est une juste rétribution ne se déterminent pas dans l'absolu ou de manière abstraite, mais doivent refléter l'équilibre entre les valeurs et les droits au sein d'une société donnée. À l'extrême, il est vrai que certains droits de propriété individuelle pourraient aboutir à des abus de pouvoir en donnant à leurs détenteurs le droit de fixer le prix à payer pour avoir accès aux fruits de leur travail. Cette attitude relèverait d'un individualisme extrémiste, car le travail exige presque toujours un cadre social pour pouvoir se réaliser.

Plusieurs dispositions de l'ADPIC reflètent le point de vue et les revendications de pays où de puissants lob-

70 Accord instituant l'OMC, annexe 3, *supra* note 4.

71 *Id.*

72 *Id.*

73 Accord instituant l'OMC, préambule, *supra* note 4.

bies industriels font pression en faveur d'une protection très stricte des droits de propriété intellectuelle. Il existe néanmoins d'importantes dispositions dans l'ADPIC qui permettent d'en arriver à une interprétation plus équilibrée. La clause 31, par exemple, autorise en matière de brevets, la concession de licences obligatoires à la condition de verser au titulaire une « rémunération adéquate ». On peut citer l'exemple du litige récent entre les États-Unis et l'Afrique du Sud, quand les intérêts d'affaires américains se sont objectés à ce que l'Afrique du Sud utilise ce recours dans le cas de médicaments indispensables pour enrayer l'épidémie de sida. Plutôt que d'engager une action contre l'Afrique du Sud devant l'OMC, les États-Unis ont préféré exercer des pressions dans le cadre de leurs relations bilatérales. Soucieux de préserver leur image publique, ils ont finalement permis à l'Afrique du Sud de recourir aux licences obligatoires dans les limites permises par l'Accord sur les ADPIC. L'accès aux soins médicaux est, sans nul doute, une questions de droits humains, et il aurait été inadmissible que les États-Unis empêchent l'Afrique du Sud de fournir à ses citoyens victimes de la maladie les traitements et médicaments nécessaires. Il faudrait réviser l'instrument juridique pour y inclure une approche plus équilibrée ; ce devrait être une condition préalable à toute autre formulation des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC.

Le statut des droits économiques, sociaux et culturels

Tout le corpus des droits humains se fonde sur la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), qui à eux trois forment ce qu'on appelle la Charte internationale des droits de l'homme. Dans les 30 articles qui la composent, la DUDH proclame deux grandes catégories de droits ; il s'agit, d'une part, des droits civils et politiques, et de l'autre, des droits économiques, sociaux et culturels. Bien que pour des raisons d'ordre politique et historique, les droits énoncés dans le PIDCP aient bénéficié d'une plus grande reconnaissance que ceux énoncés dans le PIDESC, la DUDH traite ces deux familles de droits comme des droits indivisibles, interreliés et interdépendants. Il reste toutefois que la jurisprudence relative aux droits civils et politiques est beaucoup plus développée que celle qui touche aux droits économiques, sociaux et culturels. Le problème, c'est que ce sont plus particulièrement ces derniers qui sont touchés par les politiques commerciales et la mondialisation. C'est pourquoi il est nécessaire de les protéger au sein du régime du GATT/OMC.

Les droits civils et politiques énoncés dans les articles 3 à 21 sont le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne ; le droit de ne pas être tenu en esclavage et celui de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants ; le droit de ne pas être arrêté et détenu arbitrairement ; la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable ; la liberté d'expression, de pensée, de conscience et de religion, ainsi que le droit de circuler librement et la liberté de réunion et d'association. C'est aux articles 22 à 27 que la Déclaration énumère les droits économiques, sociaux et culturels. Il s'agit du droit à la sécurité sociale, du droit au travail, du droit à un salaire égal pour un travail égal, du droit à l'éducation, du droit au repos et aux loisirs, du droit à la sécurité en cas de chômage ou d'invalidité, du droit à la santé et du droit de prendre part à la vie culturelle de la communauté. La Déclaration n'établit aucune distinction et aucun ordre hiérarchique entre tous les droits qu'elle proclame.

On peut dire, en résumé, que le schisme entre les deux catégories de droits est le produit de la confrontation idéologique Est-Ouest qui a suivi la Deuxième Guerre mondiale. Pendant que l'Union soviétique et ses alliés socialistes se posaient en champions des droits économiques et sociaux, l'Occident vantait la primauté des droits civils et politiques. Peu après l'adoption de la DUDH en 1948, les positions se sont durcies et l'ONU a finalement décidé d'adopter des pactes séparés pour les deux catégories de droits, chacun assorti d'un mécanisme et d'une stratégie de mise en œuvre spécifique. Du fait de ces parti pris idéologiques, on a pu voir de nombreux gouvernements occidentaux et organismes de droits humains se montrer méfiants vis-à-vis des droits économiques et sociaux, et même s'opposer carrément à l'idée de les considérer comme des « droits ». Ces opposants ont soutenu, sans succès d'ailleurs, que les droits économiques et sociaux n'étaient que des « principes généraux » ou des « préoccupations ». Ils prétendaient en outre que ces droits, contrairement aux droits civils et politiques, ne pouvaient être invoqués devant les tribunaux.

En réalité, cette opposition aux droits économiques et sociaux en Occident reflète les divisions idéologiques qui ont marqué la période de la Guerre froide alors que les droits sociaux et économiques ont été associés, à tort, à la collectivisation et la redistribution des richesses qui auraient été incompatibles avec les libertés individuelles et l'économie de marché. C'est notamment à cause de ces appréhensions qu'on a créé un organe de suivi du

PIDCP, le Comité des droits de l'homme, mais qu'on a refusé de créer une instance similaire pour surveiller la mise en oeuvre du PIDESC. En 1987, le Conseil économique et social de l'ONU a finalement mis sur pied le Comité des droits économiques, sociaux et culturels chargé de surveiller l'application du PIDESC. Il faut souligner que si le PIDCP presse les États signataires de s'acquitter immédiatement de leurs obligations, le PIDESC emploie, pour sa part, un discours plus « étapiste » en invitant chacun des États parties à « agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, *au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte* ». L'imprécision et la permissivité de ce discours n'ont fait que servir les intérêts de gouvernements déjà trop portés à se soustraire à leurs obligations.

La reconnaissance du caractère indivisible de tous les droits – tant civils et politiques qu'économiques, sociaux et culturels – fait partie de la doctrine de l'ONU. L'interdépendance conceptuelle des deux familles de droits est indiscutable. Lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne en 1993, plus de 180 pays ont reconnu que tous les droits humains sont « universels, indissociables, interdépendants et intimement liés ». La déclaration ajoute : « S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales »[74]. Considérant l'opposition de certains États au principe de l'universalité, la force et la clarté du libellé sont révélatrices. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre. Le droit de former des syndicats, par exemple, est garanti par le PIDESC, alors que les droits complémentaires que sont la liberté d'association et de réunion sont énoncés dans le PIDCP. On peut aussi faire découler l'interdiction de toute discrimination en ce qui regarde l'accès à l'éducation tant de l'article 2 du PIDESC que de l'article 26 du PIDCP. L'interprétation des deux séries de droits a presque toujours pour effet d'estomper leurs supposées démarcations. Quoi qu'il en soit, c'est un fait désormais largement accepté et reconnu qu'une société qui ne reconnaît pas les droits sociaux et économiques fondamentaux ne peut être ni stable ni démocratique et ne peut pas non plus assurer le respect des droits civils et politiques. En ce sens, le commerce international doit promouvoir et protéger les droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des collectivités.

Politiques économiques et sociales : sécurité alimentaire, obstacles techniques au commerce et services

Traditionnellement, le GATT laissait aux États membres – du moins en théorie – une grande autonomie juridique en matière de politiques économiques et sociales à l'intérieur de leurs frontières, à la seule condition qu'elles ne soient pas discriminatoires à l'égard de leurs partenaires commerciaux. L'article XX du GATT prévoyait qu'en cas de conflit, certains principes d'intérêt public comme la protection de la moralité ou celle de la santé des personnes, auraient préséance sur les règles du commerce. Certains accords récemment adoptés sous l'égide de l'OMC, toutefois, cherchent à encadrer plus étroitement les politiques non discriminatoires et risquent de saper la hiérarchie de valeurs clairement établie par l'article XX du GATT. L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, qui régit les mesures réglementaires qu'adoptent les États aux fins de sécurité alimentaire, et qui figurait au premier plan dans le différend entre les États-Unis et l'Union européenne à propos de la viande de bœuf traité aux hormones, en est un bon exemple. Lorsqu'un membre de l'OMC veut appliquer des mesures plus strictes que celles qu'autorisent les normes internationales, sa réglementation doit répondre à une série de critères. Il faut qu'elle se fonde sur une évaluation scientifique des risques, même si elle est non discriminatoire, elle ne doit pas être plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire que le membre juge approprié. Les réglementations nationales sur les produits sont en outre encadrées par l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, qui stipule que « les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait »[75]. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, « la sécurité nationale, la prévention des pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement »[76].

74 Déclaration et Programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, juin 1993
75 Accord sur les obstacles techniques au commerce, article 2.2
76 *Id.*

Certains spécialistes du commerce ont interprété la locution « compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait » comme une mesure de proportionnalité, qui consiste à mettre en balance les effets restrictifs du règlement pour le commerce et les bénéfices sociaux et économiques résultant d'une réduction donnée des risques. Cette interprétation, si jamais elle était reprise dans les règlements des différends, constituerait un virage radical par rapport aux normes énoncées dans l'article XX du GATT. Les gouvernements sont tenus de rendre effectifs les droits économiques et sociaux en vertu des instruments internationaux qui s'appliquent. Toutefois, leur capacité de le faire par voie de réglementation sur leur territoire serait soumise aux décisions des organes de règlement des différends de l'OMC, qui s'emploieraient à soupeser les avantages et inconvénients d'une telle réglementation en ce qui regarde les risques acceptables. Le fait que l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires exige une évaluation scientifique des risques implique en outre que ces réglementations doivent s'appuyer sur une analyse coûts-bénéfices. C'est ce genre d'argument idéologique que certains pays développés ont invoqué dans les années 80 pour relâcher leurs réglementations sociales, économiques et environnementales.

Dans le cas de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, toutefois, l'Organe d'appel de l'OMC semble privilégier une interprétation qui reconnaît que le droit du commerce ne doit pas interférer avec les responsabilités sociales des gouvernements. Dans l'affaire du bœuf aux hormones[77], l'Organe d'appel a conclu, au vu des faits, que la Communauté européenne n'avait pas réuni un minimum suffisant de preuves scientifiques pour justifier son interdiction des importations de viande de bœuf traité aux hormones de croissance synthétiques. Mais il a aussi déclaré que ce minimum ne devait pas être fixé de manière à hypothéquer la capacité des gouvernements d'assumer leur devoir de protéger leurs citoyens. L'Organe d'appel a statué, par exemple, que les gouvernements peuvent agir en se basant sur des opinions autres que celles du courant scientifique « dominant ». En fin de compte, c'est aux instances politiques qu'il revient de décider quelles études scientifiques méritent d'être retenues, de manière que le gouvernement puisse assumer ses responsabilités vis-à-vis de la population.

L'Organe d'appel a suggéré, en outre, que les évaluations scientifiques des risques pourraient tenir compte, en matière d'application et de suivi, de considérations autres que ce qui peut se vérifier en laboratoire et qui relèvent directement des responsabilités sociales des gouvernements :

Il est essentiel de ne pas perdre de vue que le risque qui doit être évalué dans le cadre d'une évaluation des risques [...] n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions parfaitement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent [78].

Ce souci des responsabilités économiques et sociales des gouvernements dont semble faire preuve l'Organe d'appel pourrait être grandement renforcé si les membres de l'OMC admettaient clairement que les droits et obligations énoncés dans l'accord sur les mesures sanitaires et dans celui sur les obstacles techniques au commerce sont assujettis aux normes déjà explicites ou implicites contenues dans l'article XX du GATT.

Le caractère de certains contrôles sur les mesures concernant le commerce des services soulève aussi des questions économiques et sociales. L'ouverture des marchés des services à la concurrence étrangère au moyen de règles commerciales multilatérales a été étroitement associée à l'élimination des monopoles nationaux. Les télécommunications et les transports en sont des exemples. Cependant, les monopoles sur certains services ont souvent été ceux d'entreprises d'État qui poursuivaient des objectifs économiques et sociaux bien précis. Mentionnons entre autres l'accès universel aux services de base et la non-discrimination.

L'existence de monopoles ou d'oligopoles anti-concurrentiels a parfois entraîné une hausse des tarifs et une baisse de la qualité des services pour les citoyens ordinaires. Il serait erroné de conclure que la concurrence accrue ne possède pas le potentiel d'améliorer grandement l'accès aux services de base. La vraie question à se poser, c'est de savoir jusqu'à quel point les règles de l'OMC limitent effectivement, que ce soit intentionnellement ou par leurs effets, la capacité des gouvernements d'imposer des obligations sociales aux fournisseurs de services, qu'il s'agisse d'entreprises étrangères ou de la concurrence intérieure. Les gouvernements ont la responsabilité de rendre effectifs

77 *Mesures communautaires concernant la viande et les produits carnés (hormones)*, rapport de l'Organe d'appel, p. 95. WT/DS26/AB/R, 16 janvier 1998.

78 *Id.*

les droits sociaux et économiques et sont donc tenus de rendre certains services accessibles à des tarifs abordables.

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) prévoit l'élaboration, de nouvelles mesures disciplinaires qui limiteraient même les conditions non discriminatoires que les gouvernements imposent aux fournisseurs de services. Ces « disciplines », comme on les appelle dans l'Accord, feraient en sorte que ces conditions « ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services[79] ». Cette disposition semble ne reconnaître comme légitimes que les conditions nécessaires pour assurer la qualité du service, et reste muette sur la légitimité de conditions associées au respect des droits humains.

L'idée que l'on semble implicitement défendre ici, c'est que l'imposition de conditions aux fournisseurs de services n'est pas un moyen légitime de réaliser des objectifs de juste redistribution. Un comité de travail sur les réglementations intérieures a été chargé de compléter la formulation des mesures disciplinaires prévues à l'article VI du AGCS d'ici la fin de l'année 2000. Il faudrait que l'accord qui en résultera affirme clairement la primauté des droits humains, y compris les droits sociaux et économiques, sur ces règles. Cela s'avère d'autant plus nécessaire que l'on assiste à une intensification des pressions destinées à convaincre les membres de l'OMC d'ouvrir l'accès à leurs marchés à d'autres secteurs comme la santé ou l'éducation, c'est-à-dire à des domaines où les objectifs politiques en matière de droits humains revêtent une très grande importance.

Mettre fin à l'isolement institutionnel de l'OMC

Nous avons souligné, au début de cette analyse, que le GATT avait évolué en vase clos par rapport aux autres institutions multilatérales de « gouvernance » mondiale comme les Nations Unies et la Banque mondiale. Toutefois, l'approche adoptée par l'OMC en matière d'interprétation des traités et de règlement des différends depuis sa création en 1995, et développée depuis par l'Organe d'appel, cherche, à juste titre, à interpréter le droit de l'OMC à la lumière du cadre plus général du droit international. Cela doit inclure de façon explicite et sans exception le droit international des droits humains.

Mais il reste que cette orientation reste superficielle et ne s'accompagne pas d'un resserrement des relations inter-institutionnelles entre les différents régimes et systèmes de droit international et de gouvernance mondiale. À part quelques liens formels avec l'Organisation internationale de normalisation, l'inclusion de certains avis du FMI dans le traitement de différends portant sur des restrictions commerciales associées à la balance des paiements, et la mention, dans la Déclaration de Singapour, d'une collaboration entre l'OIT et l'OMC, il n'y a pratiquement aucun dialogue ou aucune interaction réelle entre l'OMC en tant qu'institution et les autres institutions internationales concernées. Le seul effort récent de collaboration à mériter mention est la création d'un site Web en collaboration avec la Banque mondiale. Ce bilan est déplorable.

L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce énonce pourtant que « le Conseil général conclura des arrangements appropriés pour assurer une coopération efficace avec les autres organisations intergouvernementales qui ont des fonctions en rapport avec celles de l'OMC »[80]. L'emploi du futur dans cette disposition signifie que les membres sont dans l'obligation formelle de conclure, par l'entremise du Conseil général, de tels arrangements afin d'assurer une collaboration « efficace ». Le respect de cette obligation devrait faire l'objet d'un examen officiel. Et il conviendrait au préalable, pour amorcer ce processus d'examen, de solliciter l'avis des organisations internationales et des ONG concernées, et d'y accorder la plus grande importance.

À la fin de janvier 2000, les Nations Unies ont lancé un nouveau programme intitulé Contrat Global et destiné à réunir les gens d'affaires, les citoyens et certains organismes internationaux pour entamer un dialogue sur les questions touchant les normes de travail, la protection de l'environnement et les droits humains[81]. Les organisations internationales qui collaborent à ce programme sont l'Organisation internationale du travail, le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le Haut Commissariat aux droits de l'homme. Il est extrêmement regrettable que l'OMC ne soit pas du nombre. Le fait qu'elle ne participe pas à ce programme est très décourageant, car cela laisse entendre qu'on peut légitimement et avec succès discuter de ces questions sans elle.

---

79 Accord général sur le commerce des services, article VI (3).

80 Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, article V, *supra* note 4.

81 On trouvera une description plus complète de ce programme en consultant le site http://www.unglobalcompact.org.

Conclusion

Quand on analyse l'évolution du droit international du commerce en rapport avec le régime juridique qui gouverne les droits humains, on se retrouve face à de nombreux problèmes et peu de solutions définitives. Le droit commercial relève fondamentalement du droit des traités. Son interprétation doit tenir compte de la hiérarchie des normes du droit international et s'y conformer, en reflétant par exemple le fait que certains droits humains ont le statut de normes impératives *erga omnes*. Lorsque le droit du commerce est interprété en ce sens, il n'y a plus de conflit entre droit commercial et droit des droits humains. Mais cela ne signifie pas que l'impact global de la libéralisation des échanges, dans ses rapports dynamiques avec d'autres phénomènes associés à la mondialisation – comme la libre circulation des capitaux ou la propension des institutions financières internationales à prescrire la déréglementation comme unique remède aux problèmes de développement économique et social – ne puisse pas avoir d'effets pervers sur la situation des droits humains. C'est dans cette optique que les gouvernements et la société civile devraient aborder les problèmes du développement inégal, en particulier dans les cas et les litiges où il n'y a pas de conflit spécifique entre les droits reconnus et les obligations en tant que telles.

Le droit commercial lui-même devrait être interprété et développé en conformité avec la hiérarchie des normes établie dans le droit international en général, dans laquelle de nombreux droits fondamentaux jouissent du statut de droit coutumier, de principes généraux ou d'obligations *erga omnes* et devraient donc normalement prévaloir sur les dispositions des traités commerciaux en cas d'incompatibilité. S'il est convenablement interprété et appliqué, le droit du commerce reconnaît que les valeurs humaines associées aux droits humains sont essentielles et passent avant le libre commerce. La primauté des droits humains sur la libéralisation du commerce ne contrevient pas aux dispositions du régime du droit commercial. Mais les institutions investies du rôle de gardiennes officielles de ce droit opposent d'énormes obstacles à la pleine réalisation de ce principe.

Si l'on peut dire qu'il n'y a pas de conflit entre les deux régimes au sens classique, il n'en demeure pas moins nécessaire de procéder à des changements institutionnels au sein du système multilatéral, de comprendre et de mesurer les effets des règles et des politiques commerciales à tous les niveaux, et de développer de nouvelles règles et politiques commerciales de manière à dépasser l'héritage de l'après-guerre, à savoir le cloisonnement des organismes voués à la promotion des droits humains et des institutions économiques, y compris ceux qui s'occupent du système commercial multilatéral. En ce sens, nous espérons que cette étude viendra enrichir le corpus d'analyses et de recherches qui tentent de répondre à ces questions.